Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts

REFERENDAR ALFRED POMMER
aus Marburg a. d. Lahn

Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

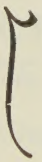
der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität in Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Alfred G. Pommer

Gerichtsreferendar aus Marburg a. d. Lahn



Marburg 1929

Gedruckt bei A. Bernecker, Buchdruckerei und Verlag, Melsungen

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 3. 1. 1929.

Berichterstatter:
Prof. Dr. D. Erich Jung

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

I. Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung.

a) Im Schuldrecht:
1. Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß.
2. Zurückbehaltungsrecht gegenüber den der Pfändung nicht unterworfenen Forderungen.
3. Analoge Anwendung des § 281 BGB. auf beschränkte Gattungsschulden.
4. Analoge Anwendung des § 281 BGB. auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB.
5. Rechtliche Beurteilung des Mitgiftversprechens seitens eines Dritten an den Verlobten für den Fall der Verheiratung.
6. Die Entwicklung der kumulativen Schuldübernahme.
7. Rechtliche Beurteilung des Verhältnisses des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger bei Vornahme der Zwangsvollstreckung.
8. Verleitung zum Vertragsbruch.
9. Unsittlichkeit des Boykotts.
10. Einrede der allgemeinen Arglist.
11. Die allgemeine Unterlassungsklage.
12. Begriff und Haftung des Tierhalters.
13. Anwendbarkeit der §§ 278 und 83/BGB. beim konkurrierenden Verschulden, wenn die Erfüllungsgehilfen oder die gesetzlichen Vertreter ein Verschulden trifft.

b) Im Erbrecht:
1. Formvorschriften des Testaments:
   α) beim eigenhändigen Testament,
   β) beim notariellen Testament.
2. Auslegung des § 2078_2.

c) Im allgemeinen Teil:
1. Bestandteilseigenschaft von Maschinen.

d) Im Wechselrecht:
1. Rechtliche Folgen bei Fälschung von Wechseln.

e) In der Gewerbeordnung:
1. Schadensersatzanspruch auf Grund des § 26 GO.

II. Folgerungen aus der Rechtsprechung des RG. über die Natur des Gewohnheitsrechts.

1. Die Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts:
   a) Die Gestattungstheorie von Rümelin,
   b) Die Uebungstheorie von Zitelmann,
   c) Die Ueberzeugungstheorie von Puchta,
   d) Rechtsüberzeugung und Uebung als Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts.
   e) Klärung der Entstehungserfordernisse des Gewohnheitsrechts durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555603_0072

Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts.

Im ersten Teil der Arbeit will ich versuchen einen Ueberblick zu geben über die wichtigsten Schwankungen, die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung stattgefunden haben.

Beginnen wir mit der Lehre der culpa in contrahendo. Eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß ist im BGB. nicht anerkannt; namentlich aus 276 nicht zu entnehmen, da dieser nur von der Haftung des Schuldners redet, zur Zeit des Vertragsschlusses aber noch keine Verbindlichkeit, also auch kein Schuldner besteht. So hat denn das RG. in früherer Rechtsprechung angenommen, daß selbst in dem Falle, daß später ein gültiger Vertrag zustandekommt, eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß mangels positiver gesetzlicher Grundlage nicht in Frage kommt. In RG. Recht 1908 Nr. 1531 wird die Haftung des Verkäufers verneint, wenn er lediglich fahrlässig beim Abschluss des Vertrages den Käufer nicht von Umständen in Kenntnis setzt, die die Willensbestimmung des Käufers wesentlich beeinflussen können. Der Verkäufer sei zwar verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Mitteilungen zu machen; ein Verstoß gegen diese Rechtspflicht begründe eine Schadenersatzverpflichtung nach § 463, 826 BGB., bei vorsätzlicher Schadenszufügung; aber ein lediglich fahrlässiges Verhalten reiche für eine Haftung nicht aus. Aehnliche Rechtsausführungen finden sich in einer Reihe von Entscheidungen [1]).

In anderen Entscheidungen sucht das RG. durch spitzfindige Konstruktionen zu einer Bejahung der Haftung zu kommen, ohne zu beachten, daß vielleicht der Schadensersatzanspruch begründet sein könnte durch Anerkennung einer Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß. In RG. 19, S. 100 hatte der Kläger der beklagten Bankfirma einen Auftrag erteilt, rumänische Rubel, über deren Sicherheit der Kläger im Zweifel war, zu verkaufen, weil die Bankfirma ihm zum Verkauf der Papiere geraten hatte. Der Rat war fahrlässig falsch gegeben. Das RG. nimmt eine Haftung der Bank an, weil der Rat einen „integrierenden Bestandteil" des Kommissionsgeschäfts bilde, also nach den Grundsätzen des Auftrags beurteilt werden müsse. Diese Begründung gibt das RG. nur, weil es erkennt, daß es nicht billig wäre, dem Anspruch des Klägers nicht stattzugeben und keinen anderen Ausweg weiß, um dem Kläger zu seinem Rechte zu verhelfen. Meiner Ansicht nach ist das Urteil verfehlt. Der Rat und der Auftrag bilden zusammen kein Ganzes, vielmehr ist der Rat nur das

[1]) Vgl. RG. JW. 05, 502; 05, 261 ff.: DJZ. 05, 861; Recht 05, 592, 2004.

Motiv, auf Grund dessen der Auftrag erteilt wird. Der Rat und der Auftrag sind völlig unabhängig voneinander. Nur eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß kann hier zum Ziele führen, wie auch das RG. heute annehmen würde. Denn der Verkäufer ist bei Abschluß des Auftragsgeschäftes verpflichtet, den Käufer zu beraten; fällt ihm hierbei ein Verschulden zur Last, so haftet er aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo.

In RG. JW. 1912, S. 743 wird eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß zuerst anerkannt. Der Kläger hatte der Beklagten den Vertrieb mehrerer Fabrikate, darunter den des Luisenlichts, auf die Dauer von 10 Jahren übertragen; die Beklagte ihrerseits hatte sich verpflichtet, zur Ermöglichung des Vertriebs eigene Verkaufsbüros in größeren Städten Deutschlands zu errichten. Die Beklagte hatte z. Zt. des Vertragsabschlusses keine Kenntnis von den dem Betrieb des Luisenlichts seitens der klägerischen Konkurrenz bereiteten Hindernissen, namentlich von den mehrfachen auch noch kurz vor Vertragsschluß ergangenen Warnungen. Das RG. nimmt eine rechtliche Verpflichtung des Klägers an, der Beklagten alle die Tatsachen mitzuteilen, die für den Abschluss des Vertrages von Erheblichkeit sind. Treu und Glauben erforderten es, daß die Beklagte über alle Vorgänge aufgeklärt würde, die mit dem Vertrag in Verbindung ständen. Der Senat steht auf dem Standpunkt, daß auch eine lediglich fahrlässige Verletzung dieser Verpflichtungen schadenersatzpflichtig mache, obwohl das BGB. über diese Frage keine positiven Bestimmungen enthält. Die Haftung wird damit begründet, daß der redliche Geschäftsverkehr es unbedingt erfordere, dem Vertragsgegner die für den Willensentschluß bedeutsamen Tatsachen zu sagen.

Auch in RG. 95, S. 61 wird die Haftung bejaht. Kläger und Beklagte hatten einen Verdingungsvertrag auf Ausführung einer Regen- und Dampfwasserleitung abgeschlossen. Die Beklagte hatte die Maße falsch angegeben, und dadurch waren dem Kläger Mehrkosten entstanden, da er die Rohre in einer größeren Tiefe unter der Erdoberfläche anlegen mußte. Dieselben Erwägungen wie in der vorgenannten Entscheidung bestimmen das RG., die Haftung anzunehmen. Treu und Glauben und der redliche Geschäftsverkehr erforderen es, daß die Parteien nicht Angaben verschweigen oder unrichtig machen dürfen, die für den Willensentschluß der anderen Partei von Bedeutung sind. Wollte man dieser Begründung nicht stattgeben, so wäre ein Ersatzanspruch ausgeschlossen; denn eine Haftung aus Vertrag oder unerlaubter Handlung kommt nicht in Betracht.

Gegenüber diesen Erkenntnissen suchen zwei andere Entscheidungen die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß einzuschränken [1]). So RG. JW. 1916, S. 116 Nr. 3: Bei den Vorverhandlungen hatte der Vermieter unterlassen, einen wichtigen Mietvertrag vorzulegen. Nun verklagt der Mieter den Vermieter auf Schadensersatz.

[1]) RG. R. II 276_5.

Das RG. lehnt eine Schadensersatzpflicht ab und beruft sich auf die Entscheidung JW. 1912, S. 743, in der nicht der allgemeine Grundsatz ausgesprochen wäre, daß die Parteien bei den Vorverhandlungen verpflichtet wären, die Tatsachen, die für eine der Parteien erheblich sind, zu offenbaren. Es müßte ein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegen. Dies Urteil widerspricht m. A. der früheren Entscheidung. In RG. JW. 1912 wird betont, daß die Parteien die Bekanntgabe aller der Tatsachen erwarten dürfen, die für den Vertragsschluß ausschlaggebend sind. Diese Rechtspflicht besteht auch schon während der Verhandlungen, wie RG. JW. 1912 ausdrücklich hervorhebt. Auch die Vorlegung eines wichtigen Mietvertrages beeinflußt die Partei beim Abschluß des Vertrages, kann also schon bei den Verhandlungen verlangt werden. Denn man kann dem Mieter nicht zumuten, daß er über derart wichtige Vorgänge nicht aufgeklärt wird. RG. JW. 1912 enthält also doch einen solchen allgemeinen Grundsatz; ein besonderes Vertrauensverhältnis ist nicht erforderlich.

Auch die Entscheidung Bd. 88, S. 105 enthält eine Abweichung von RG. JW. 1912. Der Beklagte hatte es unterlassen, den Kläger bei Abschluß des Vertrages von den Rechten der Firma L. und K. in Kenntnis zu setzen. Nach Ansicht des RG. kann der Beklagte nicht in Anspruch genommen werden, weil kein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, auf Grund dessen er verpflichtet wäre, derartige Tatsachen zur Kenntnis zu geben.

Dagegen steht die Entscheidung RG. JW. 1916, S. 115, Nr. 2 m. A. nach nicht im Widerspruch zu dem Erkenntnis von 1912. Die Stadt hatte die Herstellung eines Entwässerungsgrabens ausgeschrieben und hatte es unterlassen, vor dem Ausschreiben das Bohrgelände genau zu untersuchen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte nichts unterlassen, was geeignet wäre, unrichtige Vorstellungen zu erwecken; sie hat vor Vertragsabschluß den Bewerbern dringend geraten, vor der Abgabe von Geboten die Oertlichkeit selbst in Augenschein zu nehmen. Das RG. lehnt die Haftung ab, weil es an einem nachweislichen Verschulden der Beklagten mangelt. Ob das RG. im Falle des Vorliegens von Verschulden die Haftung bejahen oder verneinen würde, ist aus dem Urteil nicht zu erkennen. Zu Beginn der Entscheidung wird nur mitgeteilt, daß eine Haftung aus Vertrag nicht stattfinden kann.

Die bis jetzt besprochenen Entscheidungen, betreffend die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß, behandelten Tatbestände, in denen ein gültiger Vertrag später zustande kommt. Während in diesen Fällen, abgesehen von wenigen Entscheidungen, das RG. jetzt die Haftung in konstanter Rechtsprechung anerkennt [1]), ist die Rechtsprechung sehr schwankend in der Frage, ob eine Haftung auch stattfindet, wenn ein gültiger Vertrag nicht zustande kommt. In früherer Zeit hat das RG. die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, falls ein Vertrag nicht zustande kommt, immer abgelehnt.

[1]) RG. 114, 159; Bd. 108, 410; 107, 240; 362; 105, 183; 103. 47, 157; JW. 1927 262; 1924, 714; Recht 1923, Nr. 181.

So führt RG. Recht 1907 Nr. 3083, eine Entscheidung, die auch Oertmann[1]) zitiert, aus: „Die Partei, die bei dem Geschäftsgegner fahrlässig einen Irrtum erregt, haftet nicht für den entstandenen Schaden. Aus unerlaubter Handlung findet keine Haftung statt, da deren Voraussetzungen nicht vorliegen; aus Vertrag haftet der Beklagte ebenfalls nicht, es kann sich höchstens um ein Verschulden bei Abschluß, nicht bei Erfüllung handeln, für ein solches findet nur ausnahmsweise eine Haftung statt; nach RG. 1908, S. 657 stellt sich die angebliche Fahrlässigkeit des Beklagten als Verschulden bei Abschluß des Vertrages dar, und eine Bestimmung, daß dafür gehaftet wird, kennt das BGB. nicht. Nach RG. JW. 1909, S. 684 findet eine Haftung wegen schuldhaften Verhaltens bei Vertragsschluß nur dann statt, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist.

Auch in der Entscheidung LZ. 1910, S. 80 wird die Haftung verneint. Kläger ist Eigentümer zweier Grundstücke. Der Beklagte macht den Kauf des Grundstücks von der Bedingung abhängig, daß die bestehende Hypothek auf 3 Jahre prolongiert wird, und gibt die Versicherung ab, daß er das Grundstück kaufen werde. Der Kläger setzte sich mit dem Hypothekengläubiger in Verbindung und läßt die Hypothek prolongieren. Später kommt es nicht zum Vertragsabschluß, und der Kläger verlangt Ersatz der Kosten, die ihm durch die Prolongation entstanden sind. Das RG. lehnt eine Haftung ab, weil ein Vertrag nicht geschlossen sei und eine Haftung wegen Verschuldens bei Verhandlungen zum Zwecke eines Vertragsabschlusses nur dann in Betracht kommt, wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt.

Jedoch begegnen wir einer Reihe anderer Entscheidungen, die zur Bejahung der Haftung kommen. In RG., Bd. 58, S. 406 hatte der Empfänger das Zugehen einer Willenserklärung schuldhaft verhindert, sodaß kein Vertrag zustandegekommen war. Nun verlangt der Absender Schadensersatz. Das RG. bejaht die Haftung, indem es das Zugehen der Willenserklärung fingiert, mit der Begründung, daß, „wer die Verspätung einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, nicht gegen Treu und Glauben verstößt, wohl aber, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des Andern Vorteile herleiten will". Eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß wird zwar in dieser Entscheidung nicht erwähnt, aber die Rechtsprechung strebt dahin, einen Schadensersatzanspruch auch in den Fällen zuzubilligen, wo ein gültiger Vertrag zwar nicht zustandekommt, bei Abschluß des Vertrages aber ein schuldhaftes, gegen Treu und Glauben verstoßendes Verhalten vorliegt.

Rg. Bd. 97, S. 337 beschäftigt sich mit der Frage, ob bei nicht rechtzeitigem Zugehen rechtsgeschäftlicher Erklärungen für Verschulden gehaftet wird. Der Beklagte hatte Kuxe angeboten durch den Fernsprecher bis 6 Uhr. Infolge Verschuldens des Beklagten konnte die Annahme der Kuxe nicht rechtzeitig erfolgen, und der

[1]) Vorbem. Nr. 7145 BGB. 7c, Oertmann. Allg. Teil 1928.

Kläger verlangt Schadensersatz, weil er die Kuxe anderweitig hatte teurer kaufen müssen. Das RG. nimmt keine Fiktion des Zugehens der Willenserklärung an, sondern hält es — und das ist der Fortschritt gegenüber der eben genannten Entscheidung — aus Billigkeitsgründen für gerechtfertigt, den Beklagten für den Schaden verantwortlich zu machen, der bei den Vertragsverhandlungen schuldhaft herbeigeführt wird, auch wenn kein Vertrag zustande kommt.

Aus der Entscheidung RG. 95, S. 61 ist entgegen der Ansicht des RG. Recht 1922 Nr. 1545 m. A. nach nicht zu entnehmen, daß das RG. eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß nicht grundsätzlich ablehnt, wenn ein Vertrag nachher nicht zustande kommt. Das RG. erwähnt nur, daß das BGB. positive Bestimmungen enthält, in denen eine Haftung bei ungültigen Verträgen stattfindet. Dann spricht es gleich davon, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß unentbehrlich ist, wenn es nachher zu einem gültigen Vertrage kommt. Die Frage der Haftung für Verschulden bei Nichtzustandekommen des Vertrages wird nicht erörtert.

RG. 1922, Nr. 1545 spricht wohl zum erstenmal entschieden den allgemeinen Grundsatz aus, daß eine Haftung auch stattfinden muß bei ungültigen Verträgen, weil die Bedürfnisse des redlichen Verkehrs und die Sicherheit des Rechtslebens es erforderten. Wenn auch das BGB. keinen allgemeinen Grundsatz kennt, daß man einen durch Fahrlässigkeit entstandenen Schaden zu ersetzen brauche, so ist doch nicht zu verkennen, daß „bei ernstlichen und verbindlichen Vertragsverhandlungen die Parteien die gegenseitige Sorgfaltspflicht zu leisten haben und daß eine Haftung unentbehrlich ist."

Daß das Zustandekommen eines gültigen Vertrages nicht Voraussetzung der Haftung für culpa in contrahendo ist, tuen auch neuere Entscheidungen dar[1]). So führt RG. Bd. 104, S. 267 aus, daß eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß auch dann stattfindet, wenn es infolge Dissenses nicht zu einem gültigen Vertrag kommt. Der Vertreter des Klägers hatte dem Beklagten durch Fernsprecher ein Angebot nach Pfund gemacht, der Beklagte hatte dagegen die Preisberechnung nach Kilogramm verstanden. Das RG. nahm an, daß ein Vertrag wegen Unstimmigkeiten in der Preisbemessung nicht zustande gekommen war und billigt dem Kläger einen Schadenersatzanspruch zu. Die Rechtsprechung wird sich wohl in kurzer Zeit dahin entwickeln, daß die Haftung immer bejaht wird.

Auch hat das RG. verschiedene Rechtsauffassungen in der Frage vertreten, ob § 278 auf die Fälle anzuwenden ist, wo man sich des Vertreters oder des Erfüllungsgehilfen bei Eingehung von Schuldverhältnissen bedient.

In RG. 49, S. 28 führt das RG. aus, daß 278 nicht zur Anwendung kommen könnte, wenn kein Vertrag abgeschlossen sei, weil 278 ein gültiges Schuldverhältnis voraussetzt. RG. 62, S. 319 ver-

[1]) RG. 104, S. 267; 114, S. 159.

weist auf die vorher zitierte Entscheidung, stellt sich also auf denselben Standpunkt.

Auch RG. 61, S. 207 ff. lehnt eine Haftung für Erfüllungsgehilfen bei Vertragsschluß ab. Das BGB. kennt keine allgemeine Bestimmung, daß der Vertretene für Verschulden des Vertreters bei Abschluß des Vertrages haftet; aus dem Schweigen des Gesetzes ist darauf zu schließen, daß der Gesetzgeber keine derartige Haftung anerkennen wollte, da er sie sonst ausgesprochen hätte, wie er es für Verschulden bei Erfüllung von Schuldverhältnissen getan hat[1]).

In RG. 78, S. 239 wird die Haftung für Erfüllungsgehilfen gemäß 278 bei Vertragsverhandlungen bejaht, also tritt im Vorstadium des Vertrages schon eine Haftung ein. Der Käufer war durch fahrlässiges Verhalten eines Angestellten des Verkäufers beim Vorlegen von Waren dadurch verletzt worden, daß eine Linoleumrolle umfiel. Es bestand zwischen den Parteien ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis, aus dem sich gewisse Diligenzpflichten für die beiden Parteien ergeben. Der Käufer kann verlangen, daß der Verkäufer bei der Vorlegung von Waren die im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet und für seine Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, wenn sie hierbei fahrlässig Schaden zufügen. Das Erkenntnis RG. Warneyer 17 Nr. 11 nimmt m. A. nach keinen weniger weitgehenden Standpunkt ein, als RG. 78, entgegen der Ansicht von Oertmann[2]). Auf ein Verschulden bei Vertragsschluß bezieht sich 278 insoweit nicht, als die Parteien einander vor Vertragsschluß zu nichts verpflichtet sind; dagegen findet 278 Anwendung, wenn schon bei den Vorverhandlungen gewisse Verpflichtungen bestehen, deren fahrlässige Nichtbeachtung die Partei haftbar macht. RG. 78 steht auf demselben Standpunkt, auch schon vor Vertragsschluß besteht für den Verkäufer die Verpflichtung, die Leistung mit der nötigen Sorgfalt zu bewirken, also auch für Erfüllungsgehilfen zu haften, wenn sie nicht sorgfältig handeln. Neuerdings bejaht die Rechtsprechung allgemein eine Haftung für Verschulden der Erfüllungsgehilfen bei Vertragsschluß[3]).

Nicht ganz einheitlich ist die Rechtsprechung auch bezüglich der Frage, ob bei der culpa in contrahendo auf das positive oder negative Vertragsinteresse gehaftet wird. In RG. JW. 1912, S. 743 werden dem Verschulden bei Vertragsschluß dieselben Wirkungen beigelegt, wie dem schuldhaften Verhalten nach Vertragsschluß. Den Beklagten wird also ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrags zugebilligt.

In RG. 95, S. 58 ff. wird ausgeführt: „Hat hiernach der Beklagte dem Unternehmer den Schaden zu ersetzen, der durch die fahrlässig unrichtigen Straßenhöhenangaben erwachsen ist, so besteht der Schadensersatzanspruch in Anwendung des § 249 darin, daß der Zustand herzustellen ist, der bestanden hätte, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand — die unrichtige Angabe der Straßenhöhe nicht

[1]) Ablehnend ferner: DJZ. 05, 862, 863; Recht 08, Nr. 3232.
[2]) Oertmann, Komm. § 278, 30 a.
[3]) Seuff. 71 Nr. 33, S. 55; JW. 15, S. 240; RG. Bd. 103, S. 50; 108, S. 63.

eingetreten wäre.“ Dieser Anspruch geht m. E. auf das positive Interesse. Wenn der Irrtum des Unternehmers durch die fahrlässig unrichtige Angabe der Straßenhöhe nicht hervorgerufen wäre, würde er die höheren Preise, die er für den Bau veranschlagt hätte, von der Stadt bewilligt bekommen haben; es ist also der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag gültig abgeschlossen wäre.

In RG. Bd. 97, S. 337 wird, obwohl die Willenserklärung, die den Vertrag zustandebringen sollte, nicht rechtzeitig zugegangen ist, der Vertrag so angesehen, als ob er erfüllt wäre; und in RG. 97, S. 327 wird in der stillschweigenden Uebernahme der Verpflichtung zur Lieferung eine gewisse Garantie für die Erfüllung geleistet.

Während in diesen Fällen eine Haftung auf das positive Interesse stattfindet, schränkt RG. 103, S. 50 den Anspruch auf das negative Interesse ein, wenn der Kläger nicht nachweist, daß es ihm bei Mitteilung der wirklichen Sachlage gelungen wäre, den Vertrag unter günstigeren Bedingungen abzuschließen. Der Vertrag würde nicht geschlossen sein, wenn die Erneuerungsbedürftigkeit der Heizungsanlage, statt wie verschwiegen, angegeben worden wäre; also ist der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht gültig zustande gekommen wäre.

Nach § 254, II Satz 2 BGB. i. V. m. § 278 hat der Schuldner beim konkurrierenden Verschulden ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie eignes Verschulden zu vertreten. Direkt ist die Anwendung des 278 nur für die Fälle des § 254, II ausgesprochen. Die Rechtsprechung ist nicht einstimmiger Ansicht darüber, ob ein Verschulden des Beschädigten berücksichtigt werden kann, wenn keine Verbindlichkeit, wie bei der unerlaubten Handlung, besteht.

In RG. 54, S. 410 macht ein 6jähriges Kind einen Schadensersatzanspruch geltend, weil es Verletzungen erlitten hat. Der Berufungsrichter hatte untersucht, ob nicht ein konkurierendes Verschulden des Vaters darin erblickt werden könne, daß der Vater als gesetzlicher Vertreter des Kindes seiner Aufsichtspflicht nicht genügt habe. Indessen lehnt das RG. die Mitberücksichtigung des Verschuldens des Vaters ab. Gegenüber dem Anspruch des Kindes kann nicht ein etwaiges Verschulden des Vaters eingewendet werden. „Der Beschädigte, von dem 254 spricht, ist allerdings der, der einen Vermögensschaden erlitten hat und dafür Ersatz fordert. Aber ein Schaden, für den der Vater des verletzten Kindes Ersatz fordern könnte, ist nicht geltend gemacht.“ Das RG. erwähnt in dieser Entscheidung noch nicht, daß evtl. 278 oder 831 zur Anwendung kommen könnte. Das Kind müßte sich nach 278 das Verschulden des Vaters als gesetzlichen Vertreters — vorausgesetzt, daß der Vater seine Aufsichtspflicht verletzt hat — anrechnen lassen.

Das Berufungsgericht hatte in RG. 54, S. 405 ausgeführt, daß ein Verschulden der Eltern des Kindes durch Unterlassen der Be-

aufsichtigung der Klage des Kindes nicht entgegengesetzt werden könnte.

In RG. Bd. 55, S. 331 wird die Frage, ob eine analoge Anwendung des 278 auch bei 254, I möglich ist, unentschieden gelassen. „Ob man im gegenwärtigen Fall, auch abgesehen von den Bestimmungen in 254, II und 278, schon unmittelbar aus 254, I eine Verantwortlichkeit der Klägerin für ein Verschulden ihres Rechtsanwalts ableiten dürfte, daß der Rechtsanwalt im Verhältnis zur Beklagten der Vertreter der Klägerin gewesen sei, hiernach ein von der Klägerin zu vertretendes Verschulden zur Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, mag dahingestellt bleiben, da das Berufungsurteil wenigstens wegen der zu Unrecht abgelehnten Anwendung des § 254, II der Aufhebung unterliegt."

RG. 62, S. 346 verneint die Anwendbarkeit des § 278, wenn ein konkurrierendes Verschulden des Erfüllungsgehilfen des Beschädigten vorliegt. Die Entscheidung ist überschrieben: Unter welchen Voraussetzungen hat der durch eine unerlaubte Handlung Geschädigte für mitwirkendes Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen, auf Grund der in § 254, II am Schlusse ausgesprochenen Verweisung auf § 278? Das RG. führt aus, daß 278 ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetze. Eine solche Verbindlichkeit bestände bei der unerlaubten Handlung erst in dem Augenblick, in dem die unerlaubte Handlung begangen werde; vorher beständen überhaupt keine Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Jedoch könnten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben aus dem „ursächlich begründeten Gläubiger- und Schuldnerverhältnis den Parteien gewisse Diligenzpflichten auferlegt werden, wie sie das Gesetz ausdrücklich durch die an 254, II angehängte Verweisung auf 278 hinsichtlich der Abwendung und Minderung des Schadens zum Ausdruck bringe. Eine weitere Ausdehnung über diese Fälle sei aber nicht möglich und würde auch zu großen Härten und Unbilligkeiten führen, weil der Schädiger dann nur in den Grenzen des § 831 haften müsse, während der Beschädigte nach § 278 unbedingt haftete.

Neuerdings will der 7. Senat den § 831 analog anwenden, um manche Härten zu beseitigen.

In RG. 75, S. 258 wird die Frage der Anwendbarkeit des § 831 auf 254 erwähnt, aber nicht zur Entscheidung gebracht, weil das Berufungsgericht festgestellt hatte, daß der Kläger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hatte, also die Anwendbarkeit des 831 entfiel.

In RG. 77, S. 211 wird die Haftung des durch eine unerlaubte Handlung Beschädigten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen im Rahmen des § 831 bejaht. Vorausgesetzt, daß 278 nur dann beim konkurrierenden Verschulden Anwendung finden kann, wenn eine Verbindlichkeit besteht, so ergibt sich auf dem Gebiet der unerlaubten Handlung beim konkurrierenden Verschulden eine auffallende Rechtsungleichheit zu Ungunsten des Schädigers. Während

der Beschädigte für fremdes Verschulden überhaupt nicht einzustehen hat, muß der Schädiger im Rahmen des § 831 haften. Um dieses wenig billige Ergebnis zu beseitigen, muß man den § 831 anwenden, der „ebenso einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt wie § 278". RG. 79, S. 319 schließt sich der vorher erwähnten Entscheidung mit derselben Begründung an.

Ist gegen Forderungen, die der Pfändung und Aufrechnung entzogen sind, insbesondere gegen unpfändbare und deshalb der Aufrechnung nicht unterliegende Lohnforderungen, auch die Retention ausgeschlossen? Die Praxis des RG.[1]) steht auf dem Standpunkt, daß die Aufrechnung und Retention zwei Rechtsinstitute sind, die in ihren Voraussetzungen — hier Gleichartigkeit, dort Konnexität — verschieden sind. Aus dem Verbot der Aufrechnung könne nicht auf die Unzulässigkeit der Retention geschlossen werden. Demgegenüber versagt der 3. Senat in RG. 85, S. 108 ff. bei gleichartigen, nach 394 nicht aufrechenbaren Gegenforderungen die Zurückbehaltung, läßt sie aber zu, wenn die Versagung, also die Berufung auf das die Zurückbehaltung hindernde Aufrechnungsverbot gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Der Angestellte, der vorsätzlich eine unerlaubte Handlung begangen hatte, verlangt seinen Lohn; der Prinzipal weigert sich, den Lohn zu zahlen. Das RG. führt aus, daß die Verschiedenheit der Voraussetzungen der Aufrechnung und Zurückbehaltung dann nicht in Betracht kommen könnte, wenn wirtschaftlich derselbe Erfolg erzielt würde; dann käme in Wahrheit die Zurückbehaltung der Aufrechnung gleich. Die Aufrechnungsvorschriften zum Schutze des Arbeiters seien zwecklos, da der Arbeiter wegen der Retention des Arbeitgebers doch nicht seinen Anspruch durchsetzen könnte. „RG., Warneyer, 1908, S. 440/41 hat im Anschluß an einen Tatbestand, für den § 394 nicht in Betracht kam, ausgesprochen, wo es sich um Geldforderungen auf beiden Seiten handelt, könne die Zurückhaltung von Geldforderungen unter gewöhnlichen Umständen nur den Sinn einer Aufrechnung haben; weil auch bei gleichartigen Leistungen eine Retention stattfindet, daraus folgt nicht, daß die Zurückbehaltung einer Geldschuld gegen eine Geldschuld immer auch wirklich eine Retention ist." Das RG. prüft zum Schluß, ob nicht zu große Unbilligkeiten daraus entstehen könnten, daß der Arbeitgeber auch dann nicht seinen Lohn zurückbehalten dürfte, wenn der Arbeiter vorsätzlich eine unerlaubte Handlung begangen hat. Es kommt zum Ergebnis, daß dem Anspruch des Arbeiters dann nicht stattgegeben werden darf, wenn sein Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt; denn es würde in diesem Fall, in dem der Arbeiter Sabotage verübt hatte und schadenersatzpflichtig war, dem Gefühl aller redlich denkenden Menschen widersprechen, dem Arbeiter Recht zu geben; gegenüber der Berufung auf das Aufrechnungsverbot muß die Einrede der Arglist möglich sein.

---

[1]) RG. Nr. 17. 2. 1903; RG. Eis. 7. 21,4.

Der 6. Senat beschäftigt sich in RG. Warneyer 1915 Nr. 11 mit der Frage, ob das Aufrechnungsverbot die Zurückbehaltung ausschließt und folgt der Ansicht des 3. Senats. Ließe man die Zurückbehaltung zu, so brauche man die Aufrechnungsvorschriften nicht. Jedoch bei Bestehen der Vorschrift des § 394 stelle die Zurückbebehaltung eine Umgehung des Gesetzes dar.

Der 4. Senat erhebt in RG. Warn. 1912 Nr. 42 gegen die Entscheidung des 3. Senats Bedenken ohne bindende Entscheidung. Er stellt sich also auf den Standpunkt, den die Praxis früher einnahm. Das RG. behauptet, der zur Entscheidung stehende Fall wiche von dem vorhergehenden ab, da die Leistung nicht in einer Geldschuld bestände, sondern in der Einwilligung zur Berichtigung des Staatsschuldbuchs und der Berichtigungsanspruch nicht nach § 850 der Pfändung unterworfen ist. Aber es könne zweifelhaft erscheinen, ob die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts im Sinne der Entscheidung des 3. Senats zu billigen sei, da in § 273 selbst die Voraussetzungen geregelt wären, unter denen eine Zurückbehaltung nicht statthaft sei. Eine weitergehende Beschränkung dürfe als unzulässig erachtet werden.

Ist § 281 analog anwendbar auf Gattungsschulden? Das RG. steht auf dem Standpunkt, daß 281 auf Gattungsschulden schlechthin nicht anwendbar ist, weil nicht dieselben Sachen geschuldet werden, für die ein Ersatz verlangt wird. Dagegen nimmt das RG. gegenüber früher entgegengesetzter Rechtsprechung an, daß 281 auf beschränkte Gattungsschulden anwendbar ist, wenn aus der Menge, aus der die Leistung erfolgen sollte, nichts mehr geliefert werden könnte.

In RG. Warneyer 1917 Nr. 73 hat der 3. Senat die Anwendbarkeit auf beschränkte Gattungsschulden abgelehnt. Der Verkäufer hatte das bestellte Mehl infolge Kriegsbeschlagnahme nicht liefern können, und der Käufer verlangt Schadensersatz oder wenigstens Herausgabe dessen, was der Verkäufer als Ersatz für die Beschlagnahme erlangt hat. Das RG. steht auf dem Standpunkt, daß bei der Anwendbarkeit des 281 eine bestimmte Sache geschuldet werden müsse. Es sei gleichgültig, ob es sich in diesem Falle um eine beschränkte oder unbeschränkte Gattungsschuld handelt, jedenfalls sei die Schuld noch nicht nach § 243, II BGB. individualisiert und deshalb könne keine Abtretung des Ersatzanspruchs verlangt werden; es fehle die Identität der Schuld.

In RG. Warneyer 1917 Nr. 199 hat der 1. Senat ebenfalls die Anwendbarkeit des § 281 verneint. Der Kläger hatte vom Beklagten 6000 schwarze Knöpfe bestellt und der Beklagte blieb mit der Lieferung der Knöpfe im Rückstand. Als der Kläger Restlieferung verlangt, wendet der Beklagte ein, die Knöpfe seien beschlagnahmt und er sei infolgedessen weder zum Schadensersatz noch zur Ersatzleistung verpflichtet. Das Berufungsgericht wies die Klage ab; die Revision rügt demgegenüber Verletzung des 281 BGB.; das RG.

bezeichnet aber die Rüge der Revision als unbegründet, da der der Klage zugrundeliegende Kauf ein Gattungskauf sei, auf den 281 keine Anwendung finde. Gleichgültig sei, ob es sich um eine beschränkte oder unbeschränkte Gattungsschuld handelt.

Demgegenüber vertritt die neuere Rechtsprechung einen anderen Standpunkt. Im RG. Bd. 93, S. 142 hatte die Beklagte an die Klägerin Melasse verkauft, die im Kriege beschlagnahmt worden war. Die Klägerin verlangt Herausgabe des Erlöses. Das RG. führt aus, daß der § 281 auf Gattungsschulden überhaupt nicht anwendbar sei, weil sie nicht konkretisiert sind; daß 281 auch auf beschränkte Gattungsschulden nicht schlechthin anwendbar sei, gibt aber zu — und hier weicht das Urteil gegenüber früheren Entscheidungen ab —, daß 281 wenigstens dann gelten müsse, wenn der ganze Bestand gegen Entschädigung entzogen sei. Es kann im vorliegenden Fall nicht entscheidend sein, ob die Melasse vor Eintritt des Umstands, der die Leistung unmöglich macht, schon individualisiert ist. „Der für den ganzen Bestand erlangte Ersatz hat sich mit begrifflicher Notwendigkeit schon auf diejenigen 8—1000 Ctr. erstreckt, durch deren Leistung der Kläger die nunmehr unmöglich gewordene Verbindlichkeit hätte erfüllen können."

In RG. Bd. 95, S. 23 hatte sich die Beklagte verpflichtet, Fabrikate der Zuckerfabrik Endorf zu liefern, die der Beklagten gegen Entschädigung entzogen sind. — Auch hier macht das RG. die Anwendbarkeit des § 281 auf beschränkte Gattungsschulden von der Voraussetzung abhängig, daß alle Bestände gegen Entschädigung entzogen sind. „In diesem Falle hat sich der Ersatz, trotzdem keine Konkretisierung eingetreten ist, von vornherein auf die Mengen erstreckt, die der Beklagte nach dem mit dem Kläger geschlossenen Vertrage zu liefern hatte." Aehnliche Rechtsausführungen finden sich in mehreren Entscheidungen des RG.[1]).

Findet § 281 analoge Anwendung bei dem dinglichen Herausgabeanspruch des § 985? Das RG. hat in zwei Entscheidungen entgegengesetzte Ansichten vertreten. In RG. 105, S. 84 wurde der gutgläubige Erwerber einer gestohlenen Sache, der sie weiter veräußert hat, sodaß ihm ihre Herausgabe unmöglich war, auf Grund des § 281 auf Herausgabe des Erlöses aus der Weiterveräußerung in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hatte die Anwendbarkeit des § 281 verneint; demgegenüber rügt die Revision Verletzung des § 281. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, daß § 281 eine dem Schuldrecht angehörende Bestimmung sei, die einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetze und nicht auf das Sachenrecht angewandt werden dürfe. Demgegenüber bestehen nach Ansicht des RG. keine Rechtsbedenken, die Vorschrift anzuwenden. Zwar setzt § 281 ein Schuldverhältnis, also eine Verbindlichkeit voraus, aber die aus dem Eigentum entspringenden dinglichen Ansprüche könne man auch als Schuldverhältnisse auffassen

[1]) Recht 1918, Nr. 1123; RG. 13. XI. 17 HGZt. 19 H. 6.

ebenso wie die obligatorischen Ansprüche, „soweit sich nicht aus der Natur des dinglichen Anspruchs und den mit Rücksicht hierauf gegebenen besonderen Vorschriften etwas anderes ergibt."

In RG. 115, S. 32 hatte in der Zeit vom Oktober 1921 bis 1922 der später wegen Betrugs verurteilte Angestellte G. der Klägerin Metallschrot, das dieser gehörte, an die gutgläubige Beklagte veräußert, die es ihrerseits weiterveräußert hat gegen einen verhältnismäßig niederen Erlös. Der Kläger verlangt den durch die Beklagte erlangten Erlös. Das RG. lehnt die Anwendbarkeit des 281 ab und gibt eine genau entgegengesetzte Begründung, wie in der vorherigen Entscheidung. § 281 beziehe sich auf schuldrechtliche Verträge; die Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache werde durch ihre Unmöglichkeit umgewandelt in einen Ersatzanspruch, aber die Verpflichtung bestehe noch. Dagegen sei im Sachenrecht das dingliche Verpflichtungsgeschäft mit dem Besitzverlust erloschen; es bestehe keine Verbindlichkeit mehr, die § 281 voraussetze. „Es handelt sich nicht darum, daß eine bestimmte Unmöglichkeit der Herausgabe den Besitzer von der ursprünglichen Verpflichtung befreit, vielmehr ist die Rechtslage die, daß mit der Tatsache des Besitzverlustes dem dinglichen Verpflichtungsverhältnis, also demjenigen, das den Herausgabeanspruch, nicht aber die schuldrechtlichen Ersatzansprüche zum Gegenstand hat, der Boden entzogen wird und daß es wegen Wegfalls des Besitzes als einer für den dinglichen Anspruch wesentlichen Voraussetzung kraft Gesetzes überhaupt und im ganzen erlischt".

Im gemeinen Recht war dem RG. schon der Begriff der kumulativen Schuldübernahme bekannt. Aber das RG. befaßt sich in den Entscheidungen vor 1900 mit anderen Problemen bei der kumulativen Schuldübernahme, wie die Rechtsprechung nach 1900. Während die Formfrage im Hintergrund steht, wird eingehend erörtert, ob ein zwischen Urschuldner und neuem Schuldner geschlossener Vertrag als Vertrag zu Gunsten des Gläubigers aufgefaßt werden kann. Die Voraussetzungen, unter denen bei zweifelhafter Auslegung die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft unterschieden werden kann, werden nicht auseinandergesetzt.

So führt RG. Bd. 5, S. 11 aus, daß der Grund zur Haftung darin liege, daß die Beklagte dem Kläger „derart verbunden gewesen sei, daß dessen Rechte und Pflichten zugleich die ihren wären, und daß sie deshalb neben dem Hamburger Hause für dessen Verpflichtung als Solidarschuldner hafte".

Auch RG. Bd. 19, S. 253 betont im Grunde nur, daß eine kumulative Schuldübernahme möglich sei, ohne nähere Gründe anzuführen, aus denen auf eine kumulative Schuldübernahme zu schließen ist.

In RG. Bd. 33, S. 184 hatte der Beklagte E. durch Vertrag das Eigentum an Kieswerken und gewisse Rechte übertragen bekommen. Als Entgelt dafür hatte der Beklagte eine Schuld des Klägers übernommen. Es war die Frage zu erörtern, ob aus einem

solchen zwischen Urschuldner und Schuldner abgeschlossenen Vertrage der Gläubiger unmittelbar einen Anspruch herleiten konnte. Das RG. nimmt an, daß ein Vertrag zu Gunsten Dritter dann vorliegen könnte, wenn der Vertragswille der beiden Vertragskontrahenten darauf gerichtet gewesen wäre, dem Dritten unmittelbar ein selbständiges Recht zu verschaffen, was als Tatfrage vom Berufungsrichter festgestellt werden müßte. Ist aber dieser Wille tatsächlich als nicht erklärt anzusehen, so bedarf es einer ausdrücklichen Aufforderung seitens eines Teiles der Vertragskontrahenten und der Beitrittserklärung seitens des Gläubigers.

Der Schuldbeitritt (die kumulative Schuldübernahme) ist nach RG. 51, S. 120 — der ersten Entscheidung, die nach 1900 ergangen ist — an Schriftform gebunden. Die Klägerin hatte erhebliche Forderungen für Waren an den Sohn des Beklagten. Als der Sohn flüchtig war, hatte sein Vater mündlich erklärt, er würde für die Schulden seines Sohnes aufkommen, die Klägerin solle um keinen Pfennig betrogen werden. Nun klagt die Klägerin aus dem Versprechen, das der Vater gegeben hat. Das erstinstanzliche Urteil hatte formfreie kumulative Schuldübernahme angenommen. Das RG. wies die Klage ab. In der Begründung hebt es hervor, daß es zweifelhaft sei, ob ein Vertrag, wie er hier geschlossen sei, von der selbstschuldnerischen Bürgschaft begrifflich unterschieden werden könnte; jedenfalls bedürfe er der nach § 766 erforderlichen Schriftform. Für die kumulative Schuldübernahme muß überhaupt Schriftform gefordert werden, da sonst die Formvorschrift des § 766 auf die leichteste Weise umgangen werden könnte; denn die kumulative Schuldübernahme ist der Bürgschaft zum wenigsten sehr verwandt, sodaß es der Absicht des Gesetzgebers entsprechen muß, auch für die kumulative Schuldübernahme Schriftform zu verlangen.

Während das RG. in RG. Bd. 51 zu der Frage noch keine Stellung nimmt, ob eine von der Bürgschaft, insbesondere der selbstschuldnerischen, verschiedene kumulative Schuldübernahme überhaupt denkbar ist, wird dieses Problem in RG. Bd. 59, S. 232 grundsätzlich erörtert. Ausnahmsweise könnte auf Grund einer eigenartigen Gestaltung der Sachlage die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft verschieden sein, sodaß ein zweiter Schuldner neben den ursprünglichen Schuldner als Gesamtschuldner hinzuträte, was im Zweifel nicht anzunehmen ist. Für diesen Ausnahmefall kommt die entsprechende Anwendung des § 766 — und das ist die Abweichung vom früheren Urteil — nicht in Betracht. Das RG. teilt also die kumulative Schuldübernahme in zwei Arten[1]), eine Unterscheidung, die in den früheren Entscheidungen noch fehlt. Die eine kumulative Schuldübernahme ist nichts anderes als eine Bürgschaft, für die § 766 nicht entsprechend, wie in RG. 51, sondern direkt angewandt wird. Die andere kumulative Schuldübernahme ist der oben erörterte Ausnahmefall.

[1]) Aehnlich Salinger S. 86.

In RG. Gruchot 50, S. 946 kommt das RG. zur Annahme eines Ausnahmefalles der kumulativen Schuldübernahme, gibt aber noch keine näheren Anhaltspunkte, wann eine solche Ausnahme zu vermuten ist. N. war nicht mehr in der Lage, die Maurerarbeiten, die der Kläger zu leisten hatte, zu bezahlen; infolgedessen weigerte sich der Kläger, weiterzuarbeiten. Dem Beklagten gegenüber erklärte er sich jedoch zur Weiterarbeit bereit, da der Beklagte ihm versprochen hatte, für die Zahlung aufzukommen. Bemerkenswert in dieser Entscheidung ist, daß das RG. nicht mehr wie in Bd. 59 davon spricht, daß bei dem Ausnahmefall der kumulativen Schuldübernahme zu der entsprechenden Anwendung des § 766 kein Anlaß vorliegen dürfte, sondern direkt § 766 für unanwendbar erklärte. Zur Begründung des Ausnahmefalls führt das RG. nur an, daß der Beklagte sich erklärt hatte, als Besteller zu gelten.

Die Entscheidung RG. 64, S. 318 bedeutet einen Fortschritt, indem sie näher darauf eingeht, welche besonderen Umstände vorliegen müssen, um eine nicht der Schriftform bedürftige Schuldübernahme anzunehmen. Der Tatbestand war folgender:

Der Urschuldner hatte eine Waschmaschine gekauft. Der Sohn des Urschuldners, auf den die Wäscherei übergegangen war, hatte sich der Klägerin gegenüber mündlich verpflichtet, die für den Betrieb der Wäscherei gelieferte Maschine zu bezahlen. Der Beklagte hatte ein großes Interesse daran, die Maschine zu behalten, da sein Vater zahlungsunfähig war und er die Maschine in seinem Betrieb dringend benötigte. Zur Begründung des Ausnahmefalls führt das RG. aus, daß der Sohn nicht die Absicht gehabt habe, daß seine Verbindlichkeit von der des Urschuldners abhängig sein soll. Er hat ein „eignes wirtschaftliches Interesse“ daran, für die Erfüllung der Verbindlichkeit einzustehen und übernimmt deshalb eine von der Verpflichtung des Urschuldners unabhängige selbständige Verpflichtung. Die „eigenartige Sachlage“, die „besonderen Umstände“ findet das RG. also darin, daß der Uebernehmer ein eigenes Interesse an der Begleichung einer ihm fremden Schuld hat.

In den folgenden Entscheidungen werden immer schärfer die „besonderen Umstände“ des Ausnahmefalls hervorgehoben. So stellt RG. JW. 1908 S. 31 fest, daß ein „besonderer Umstand“ dann gegeben ist, „wenn die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners auf einem Vertrage beruht und die Vorteile aus diesem Vertrage ganz oder zum Teil dem Eintretenden zugute kommen, wiewohl er selbst nicht Vertragsteil ist; denn es ist dann der ursprüngliche Schuldner zwar rechtlich der Verpflichtete, aber wirtschaftlich ist der in die Schuld Eintretende derjenige, der die Leistung zu bewirken hat.“

Besonders klar hebt RG. JW. 08, S. 676 die „eigenartige Sachlage“ hervor. H. lieferte dem B. Bauarbeiten. Da H. Bedenken hatte, ob B. zahlungsfähig sein würde, wandte er sich an einen Hypothekengläubiger des Grundstücks. Der Beklagte teilte ihm mit,

er könnte ruhig die Bauarbeiten vollenden, wenn er Geld brauche, solle er zu ihm kommen. Das RG. nahm formfreie kumulative Schuldübernahme an; das eigne Interesse des Beklagten liegt darin begründet, daß er als Hypothekengläubiger Gefahr läuft, wenn das Grundstück infolge Zahlungsunfähigkeit des Eigentümers zur Zwangsversteigerung kommt, seiner Hypothek verlustig zu gehen oder wenigstens einen Teil einzubüßen. Das RG. wendet sich aber dagegen, daß in einem solchen Falle stets eine kumulative Schuldübernahme anzunehmen sei; es muß im Einzelfall geprüft werden, ob nur ein „persönliches Interesse" vorliegt, oder ein „eignes, sachliches oder wirtschaftliches oder rechtliches Interesse an dem Bau der Arbeiten".

Daß ein persönliches Interesse, das auf Freundschaft, Verwandtschaft usw. beruht, nicht genügt, führt RG. Warneyer 1911, Heft 4 Nr. 171 aus: Die Ehefrau des Mieters hatte sich dem Vermieter gegenüber mündlich bereit erklärt, für die Mietschuld des Mannes einzustehen. Wenn auch die Ehefrau ein hohes Interesse daran habe, in der Wohnung wohnen zu bleiben, so könne daraus nicht gefolgert werden, daß sie eine selbständige Verpflichtung eingehen wolle, da sie nicht für die Wohnung zu sorgen habe.

In RG. 1911, S. 581 hatte die Beklagte erklärt, sie würde für die Schuld ihres Bruders aufkommen. Das RG. erblickt darin keine kumulative Schuldübernahme, da das sachliche Interesse an der Bezahlung der Schuld des Bruders fehle.

RG. 78, S. 38 bringt wieder eine Neuerung gegenüber den vorher genannten Entscheidungen, indem dort ausgeführt wird, daß das Vorliegen „besonderer Umstände" nur bei zweifelhaften Willenserklärungen zu prüfen ist, während bei unzweifelhaften eine Auslegung überhaupt nicht in Frage kommen kann. Durch diese Darlegung führt das RG. eine wichtige Klärung in der Frage herbei, wann Bürgschaft und wann kumulative Schuldübernahme anzunehmen ist.

RG. 90, S. 415 führte neu für die formfreie, kumulative Schuldübernahme den Begriff „Schuld-Mitübernahme" ein. Die Schuld-Mitübernahme unterscheidet sich von der Bürgschaft begrifflich; bei der Schuld-Mitübernahme übernimmt der Beitretende die Schuld als eigne, will also zwar neben dem Schuldner, aber unabhängig von dessen Schuld haften, während der Bürge eine Haftung für eine fremde Schuld übernimmt; er will für die Erfüllung der Schuld des Hauptschuldners einstehen. — Dann führt das RG. aus, „übrigens sei bemerkt, daß das Bestehen eines sachlichen, unmittelbaren, eigenen Interesses wohl regelmäßig einen Anhalt für die Annahme einer Schuld-Mitübernahme geben mag, daß aber ein solches Interesse unter Umständen sehr wohl auch den Beweggrund einer Bürgschaftsübernahme bilden kann". Dieser Satz steht m. A. nach nicht im Widerspruch zu den ersterwähnten Entscheidungen, wie Levy[1]) meint; das RG. behält in diesem Satz die Auslegungsregeln, die den Unter-

[1]) Levy, JW. 1922 S. 355.

schied zwischen Bürgschaft und Schuld-Mitübernahme klarstellen, bei, betont nur, daß diese Auslegungsregeln im Normalfall dahin führen werden, daß beim Vorliegen eines eigenen Interesses Schuldübernahme anzunehmen ist; aber ausnahmsweise kann unter ganz besonderen Voraussetzungen doch Bürgschaft gegeben sein.

Das Versprechen einer Mitgift seitens des Vaters der Frau oder seitens eines Dritten an den Ehemann für den Fall der Verheiratung ist nach der heutigen Ansicht des RG. nicht als Schenkung zu betrachten.

RG. Seuffert 59, S. 319 steht auf dem Standpunkt, daß ein Ausstattungsversprechen seitens eines Dritten an den Ehemann, welches gegeben wurde, um die Verbindung zu ermöglichen, eine Schenkung sei. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das eine Schenkung verneint, weil der Beschenkte nicht bereichert würde, nimmt das RG. im Anschluß an die Revision an, daß der Tatbestand der Schenkung erfüllt sei. Es könne dem Umstand kein Gewicht beigelegt werden, daß das Mitgiftversprechen zu der Eheschließung des Klägers beitragen sollte. Zur Eheschließung wurde der Ehemann nicht durch das Mitgiftversprechen gezwungen; vielmehr war die Begründung des Ehestandes durch die Eheschließung für diesen auch dem Mitgift-Versprechen gegenüber, Ausfluß seiner freien Entschließung". Ebenso beruhte die Vermögensminderung auf dem freien Willen des Dritten; sie wurde nicht durch die Eheschließung verursacht. Infolgedessen bildet auch die Zuwendung der Mitgift eine Vermehrung des Vermögens des Klägers. Zur Ergänzung diene noch eine Entscheidung des Kammergerichts in demselben Bande KG. Seuff. 59, S. 139, die dieselbe Ansicht vertritt und die Enneccerus[1]) fälschlich als Reichsgerichtsentscheidung zitiert. Die Eltern der Braut hatten versprochen, dem Verlobten für den Fall der Verheiratung etwas zuzuwenden. Der Vertrag ist nach Ansicht des KG. in Ermangelung besonderer Vorschriften über die Mitgift als Schenkung anzusehen. Ein „lästiger Vertrag" ist nicht zustandegekommen, da der Leistung durch die Mitgift keine Gegenleistung auf seiten des Verlobten gegenübersteht. Die Bedingung, daß der Kläger die „Tochter heiratet", kann man nicht als Leistung auffassen. „Wenn das BGB. unter der Herrschaft des preußischen ALR. angenommen hat, eine Zuwendung des Vaters der Frau an den Bräutigam, die nur erfolgte, wenn die Ehe geschlossen werde, und damit sie geschlossen würde, sei keine Schenkung, so beruht das lediglich auf der Auslegung des preußischen ALR.", infolgedessen müssen hier die Schenkungsvorschriften zur Anwendung kommen.

Zu einem anderen Ergebnis[2]) kommt RG. Bd. 62, S. 275: Das Mitgiftversprechen ist keine Schenkung, wenn es als Gegenleistung für die Eingehung der Ehe gemeint war; wenn dadurch der Ehe-

[1]) Enneccerus, Schuldrecht, § 343 $_7$.
[2]) Vgl. a.: Enneccerus, § 343$_7$.

mann zur Eheschließung veranlaßt wird, so ist im Zweifel anzunehmen, daß keine Schenkung vorliegt. Der Beklagte hatte eine Ausstattung versprochen für den Fall, daß der Kläger heiratet. Das Berufungsgericht hatte wohl im Anschluß an eine frühere Entscheidung des RG. die Auffassung vertreten, daß eine Schenkung vorliege, da nur auf der einen Seite eine Zuwendung vorhanden sei, während auf der anderen Seite eine Leistung fehle. Demgegenüber stellt das RG. fest, daß nicht alle Verträge, in denen nur auf einer Seite eine Leistung vorhanden sei, als Schenkung aufzufassen seien. Objektiv betrachtet liegt eine Bereicherung dann vor, wenn der Kläger weder eine Gegenleistung gewährt, noch zu einer solchen ververpflichtet ist. Die Bereicherung kann aber dadurch ausgeschlossen werden, daß der Kläger die erfolgte Verbindung als Gegenleistung ansieht, was vom Berufungsgericht als Tatfrage nochmals zu untersuchen sei. Die Entscheidung Seuff. 59 hatte diese Auffassung abgelehnt. Wenn auch der Kläger durch das Mitgiftversprechen eine Verpflichtung zur Heirat nicht eingegangen ist, so fehlt es doch wohl subjektiv an dem übereinstimmenden Willen, daß die Mitgift unentgeltlich gewährt würde. Der Kläger hatte nicht den Willen, sie als unentgeltliche Leistung zu empfangen; er wollte sie nur annehmen, wenn er die Beklagte heiratete. Die Beklagte wollte sie ohne die Heirat nicht freiwillig weggeben. Sache der Auslegung ist es, zu erforschen, was die Parteien gemeint haben.

In RG. Gruch. 51, S. 378 führt das RG. aus, daß das RG. schon wiederholt ausgesprochen hat, „daß die Annahme einer Schenkung ausgeschlossen sei, wenn die Parteien die Eheschließung und das Mitgiftversprechen im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einander gegenübergestellt, und die Eheschließung als eine dem Mitgiftversprechen entsprechende Leistung zum Gegenstand des Vertrages gemacht haben[1])".

In der neueren Rechtsprechung vertritt das RG. den Standpunkt, daß ein Mietvertrag, der vom Manne abgeschlossen ist, auch zugleich zu Gunsten der mit dem Manne zusammenlebenden Verwandten gemäß § 328 abgeschlossen ist, sofern angenommen werden kann, daß der Mieter beim Abschlusse des Vertrages in der dem Vermieter erkennbaren Absicht gehandelt hat, auch die Interessen der mit ihm Zusammenlebenden wahrzunehmen. Diese Ansicht hatte die frühere Rechtsprechung noch nicht vertreten. So behandelt RG. JW. 1910, S. 1003 die Frage, welche Ansprüche die Angehörigen des Mieters bei mangelhafter Einrichtung des Hauses geltend machen können, wenn sie Unfälle erleiden. Das RG. verneint einen Anspruch aus § 328; aus dem von dem Mieter abgeschlossenen Mietvertrag steht den Angehörigen des Mieters kein vertraglicher Anspruch zu, da sie in keinen Rechtsbeziehungen zum Vermieter stehen. Das RG. bejaht einen Anspruch nur aus unerlaubter Handlung. „Da aber der Vermieter die Mieträume nicht nur für seine Person, sondern auch

[1]) RG. Gruchot, 55, S. 922; RG. Seuff. 74, S. 119.

für die Angehörigen seines Hausstandes zur Benutzung einräumt, hat er für den ordnungsgemäßen, gefahrlosen Zustand diesen nicht in einem Vertragsverhältnis mit ihm stehenden Personen ebenso zu sorgen, wie er für den verkehrssicheren Zustand der dem allgemeinen Verkehr eröffneten Räume jedem Dritten haftbar ist."

Demgegenüber erkennt RG. Bd. 91, S. 21 einen vertraglichen Anspruch auch der Hausangehörigen an. Der Kläger, der Oberbahnassistent ist, erhält eine Dienstwohnung zugewiesen. Kurz nach dem Einzug stellte sich bei seiner Tochter, der Mitklägerin, Tuberkulose ein, die nach Ansicht des Klägers darauf zurückzuführen ist, daß sich die Wohnung infolge mangelnder Sorgfalt des Staatsfiskus nicht in ordnungsmäßigem Zustand befand. Der Kläger verlangt Ersatz für die Kosten der Heilbehandlung. Das RG. führt aus, daß dem Mieter beim Abschluß des Vertrages die Absicht zu unterstellen ist, auch für seine Angehörigen ebenso zu sorgen, wie für sich, und ihnen die gleichen Rechte zu geben. Ebenso muß dem Vermieter daran gelegen sein, daß die Mieter nicht durch die Wohnung zu Schaden kommen. Es wäre unbillig, den Angehörigen nur die Rechte des Schadensersatzes aus unerlaubter Handlung zu gewähren, da in § 831 bei Verschulden der Angestellten der Exculpationsbeweis offengelassen ist und eine Haftung ohne Verschulden, wie in § 538, nicht stattfindet.

Auch RG. 102, S. 232 nimmt an, daß der vom Ehemann geschlossene Vertrag auch zu Gunsten seiner Angehörigen geschlossen ist, indem es auf die vorher zitierte Entscheidung verweist.

In RG. Warneyer 1921, Nr. 96 wird ausgeführt, daß der Vermieter auch den Angehörigen des Mieters bei mangelhafter Treppenbeleuchtung aus Vertrag haftbar ist.

Die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers bei der Ausübung der Zwangsvollstreckung ist eine öffentlich-rechtliche, kann also, selbst wenn sie im Auftrage der Partei erfolgt, nicht unter die Regeln des Dienst- oder Werkvertrages fallen.

RG. Bd. 9, S. 361 ff. steht auf dem Standpunkt: Die Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem Gläubiger, der ihm den Auftrag zur Zwangsvollstreckung gegeben hat, bestimmt sich nach bürgerlichem Recht. Wenn der Gerichtsvollzieher nicht Beauftragter des Gläubigers wäre, würde in der ZPO. nicht die Rede sein von dem Auftrag, den der Gerichtsvollzieher in der Zwangsvollstreckung für den Gläubiger ausführt.

Zu einem entgegengesetzten Resultat kommt RG. Bd. 10, S. 233. Der Gerichtsvollzieher entlehnt seine Machtbefugnis vom Staate, übt durch seine Tätigkeit öffentlich-rechtliche Funktionen aus, ist also Staatsbeamter. Wenn die ZPO. von einem „Auftrag des Gläubigers" bei der Vornahme der Zwangsvollstreckung redet, so wird dadurch die Stellung des Gerichtsvollziehers als „Träger öffentlich-rechtlicher Befugnissse" auch dem Gläubiger gegenüber nicht beeinflußt.

Da Meinungsverschiedenheiten über diese Rechtsfrage vorhanden sind, beschließt das RG. durch Plenarentscheidung in RG. Bd. 16, S. 396, daß der Gerichtsvollzieher (GV.) für den Schaden, den er durch vertretbares Verschulden bei Ausführung der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger verursacht, nicht subsidiär, sondern nach den für das Mandat bestehenden Vorschriften haftet. Die Entscheidung in RG. Bd. 10, S. 233 wird ausdrücklich abgelehnt. Wie in Band 9 wird auch hier festgestellt, daß durch die ZPO. das Rechtsverhältnis des GV. zu dem Gläubiger ausdrücklich nach den Vorschriften des Auftrags geregelt ist. Es würde dem Sinn des Gesetzes zuwiderlaufen, wenn die ZPO. mit dem Ausdruck „Auftrag" nicht das bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis gemeint hätte. Der GV. kann ohne Auftrag des Gläubigers die Zwangsvollstreckung nicht beginnen und muß sie bei Zurücknahme des Auftrags wieder einstellen. Der GV. tritt bei der Zwangsvollstreckung in zweifacher Stellung auf: einmal als Repräsentant der Staatsgewalt, das andere Mal als Beauftragter des Gläubigers. Von dieser zweifachen Stellung kommt dem Gläubiger gegenüber aber nur das Auftragsverhältnis in Betracht.

Auch nach Inkrafttreten des BGB. erhalten die Entscheidungen an der Plenarentscheidung fest, nur mit dem Unterschied, daß das zivilrechtliche Verhältnis nicht mehr als „Auftrag", sondern als „Geschäftsbesorgung" i. S. d. § 675 BGB. angesehen wird[1]).

Die im Bd. 82, S. 85 abgedruckte Plenarentscheidung entscheidet, daß auch dem Gläubiger gegenüber in der Zwangsvollstreckung die Tätigkeit des GV. als öffentlich-rechtliche anzusehen sei, und der GV. nur nach Beamtenrecht hafte. Die Entscheidungen nach 1900 haben trotz wesentlicher Aenderungen in der Organisation der GV. an der zivilrechtlichen Auffassung festgehalten. In der Zwangsvollstreckung betätigt sich die öffentliche Gewalt des Staates; mag nun der GV. von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei tätig werden, immer tritt er auf als Staatsbeamter; seine Tätigkeit gehört ausschließlich dem öffentlichen Rechte an. Das Grundprinzip des bürgerlich-rechtlichen Vertrages ist die freie Entschließung der Parteien. Diese fehlt dem GV. bei der Zwangsvollstreckung, er darf die Vornahme der Zwangsvollstreckung nur unter bestimmten Voraussetzungen ablehnen. Wenn der Gläubiger den Antrag stellt, ist es nicht seinem freien Ermessen überlassen, den Antrag anzunehmen oder auch nicht. Wenn die Plenarentscheidung Bd. 16 sich darauf beruft, daß die ZPO. gar keine Veranlassung gehabt hätte, den Ausdruck „Auftrag" zu erwähnen, wenn sie damit nicht hätte das privatrechtliche Verhältnis zum Ausdruck bringen wollen, so ist darauf zu erwidern, daß der Ausdruck nicht in technischem Sinne gemeint ist. Das „Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und GV. gehört aber nicht dem Prozeßrecht an; dies in der ZPO. zu regeln, lag keine Veranlassung vor".

[1]) RG. JW. 1901, S. 783.

In RG. Bd. 56, S. 84, also bevor die zweite Plenarentscheidung erging, hatte der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Beamte bei Vollziehung der Zwangsvollstreckung in Empfang genommene Gelder unterschlagen. Das RG. hält daran fest, daß das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und GV. ein Auftragsverhältnis sei; meint aber, daß auch dem Gläubiger gegenüber die Tätigkeit des GV. eine öffentlich-rechtliche sein könnte und eine Haftung nach Beamtenrecht in Betracht käme. Diese Lösung ist m. A. nach ein Ausweg; konsequent hätte das RG. die Ansicht der Plenarentscheidung Bd. 16 durchgeführt, wenn es nur eine Haftung nach bürgerlichem Recht gegeben hätte, wie auch in RG. Bd. 16 ausgeführt wird, daß von der Doppelstellung, die der GV. habe, dem Gläubiger gegenüber nur die eines Beauftragten in Betracht käme, weil er ihm gegenüber keine Zwangsgewalt besitze. Da aber die Vertragshaftung wahrscheinlich dem Gläubiger nichts genützt hätte, soll der Staat für den Schaden haften. Das RG. führt aus: „Wie aber bereits in der Entscheidung Bd. 17, S. 332 betont ist, kann der GV. als Vollstreckungsbeamter sehr wohl zugleich öffentlicher Beamter und Mandatar der beauftragten Partei sein, der die ihm erteilten Aufträge nach den gesetzlichen Bestimmungen auszuführen hat."

Der Boykott, obwohl er an sich nicht unerlaubt ist, kann unsittlich sein, wenn die Mittel, die zu seiner Durchführung verwandt werden, gegen die guten Sitten verstoßen. Dies ist der Standpunkt, den das RG. in einer Reihe von Entscheidungen einnimmt[1]), so der vierte Senat in RG. Bd. 66, S. 383.

Die Klägerin hatte mit dem Zentralverband deutscher Musiker einen Vertrag dahingehend abgeschlossen, daß die Musiker an Sonn- und Feiertagen bei den Tanzereien spielen sollten. Als später der Vertrag von der Klägerin aufgelöst wurde, erschien im Hamburger „Echo" ein Artikel, vom Zentralverband deutscher Musiker ausgehend, worin das Lokal gesperrt wurde: außerdem wurden Zettel verteilt, in denen das Publikum aufgefordert wurde, das Lokal nicht mehr zu betreten. Die Klägerin verlangt Schadensersatz. Zweifellos ist der Boykott in dem Lohnkampf zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern eine erlaubte Kampfmaßnahme, und es ist auch grundsätzlich nicht zu beanstanden, daß von einer Seite die Presse zur Unterstützung herangezogen wird. „Aber diese Maßnahmen können durch die Art, wie sie ins Werk gesetzt werden, den Charakter einer unerlaubten Handlung annehmen." Und die Voraussetzungen sind hierfür in diesem Falle gegeben. — Wenn das Lokal von der Arbeitnehmerseite aus für gesperrt erklärt wird, so wird durch diese Maßnahme die Klägerin in ihrer Erwerbstätigkeit geschädigt; ein solches Verhalten von der Arbeitnehmerseite aus wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn bei den Bevölkerungskreisen, an die die Aufforderung ergangen ist, eine genaue Kenntnis davon vorhanden wäre, was durch den Streik bezweckt werden soll.

[1]) RG. Warneyer 1912, Nr. 305, Nr. 306, 428; 1913 Nr. 54, 416; 1916, Nr. 193.

Der 6. Senat steht in RG. 64, S. 61 auf demselben Standpunkt. Bei einem Streite zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern über die Arbeitsbedingungen fordern die Arbeitnehmer in öffentlichen Kundgebungen die Arbeiterschaft auf, nur Waren bei solchen Arbeitgebern zu kaufen, die die Forderungen der Arbeiter bewilligt haben, und dabei werden Listen bekanntgegeben, in denen die Namen der Arbeitgeber genannt sind, die das getan haben. Auch hier steht das RG. auf dem Standpunkt, daß der Boykott an sich nicht als eine Maßnahme betrachtet werden kann, die gegen die guten Sitten verstößt, daß aber in der Art seiner Ausführung ein unsittliches Verhalten erblickt werden kann.

Zu einem anderen Ergebnis kommt derselbe 6. Senat in einer Entscheidung, RG. 76, S. 35.

Da nicht der Zweck des Boykotts unsittlich ist, sondern nur ein Teil der zur Durchführung des Boykotts gebrauchten Mittel, erklärt das RG. nicht den ganzen Boykott für sittenwidrig, sondern gewährt einen Ersatzanspruch nur für den Schaden, der gerade durch die unerlaubten Mittel entstanden ist.

Dem Kläger, der Pächter des Fürstenhofs war, war im Pachtvertrage untersagt worden, seine Räume zu sozialdemokratischen Versammlungen zur Verfügung zu stellen. Daraufhin wurde das Lokal von sozialdemokratischer Seite boykottiert; zu dem Zwecke wurden Versammlungen abgehalten, Flugblätter verteilt, Streikposten erschienen vor der Wirtschaft, die das Publikum vom Besuche des Lokals abhalten sollten; außerdem wurde ein Artikel im „Vorwärts“ veröffentlicht, worin das Lokal für gesperrt erklärt wurde.

Der Berufungsrichter hatte den Boykott schlechthin für unsittlich erklärt, weil die Veranstalter sich nicht auf eine objektive Kritik beschränkt hätten. Das RG. teilt diesen Standpunkt nicht. Wenngleich das RG. in dem Urteil vom 8. 11. 1909 angenommen hat, daß ein an sich zulässiger Boykott durch aufhetzende Streikschriften zu einer unerlaubten Handlung werden könnte, so läge doch in dieser Entscheidung der Fall anders. In der Nummer des Vorwärts seien Schmähungen enthalten, die zur Aufhetzung der Klassen beitrügen; auch in dem Flugblatt 7 der Qu-Akten werde in unzulässiger Weise zur Durchführung des Boykotts aufgefordert; aus den vereinzelten unstatthaften Wendungen, die in dem Flugblatt und in dem Vorwärts enthalten seien, könne der Kläger zwar einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. herleiten, da das Verhalten gegen die guten Sitten verstieße, aber daraus sei nicht zu folgern, daß der ganze Boykott sittenwidrig sei, zumal der Ton des Flugblatts 46 sehr gemäßigt gewesen sei. Dann geht das RG. auf das Boykottpostenstehen näher ein. Die Besucher des Fürstenhofes wurden durch die Posten vor dem Besuche gewarnt. Dies Vorgehen geht über das zulässige Maß hinaus. Der Kläger wird dadurch schwer geschädigt, aber — so führt das RG. aus — „aus den vorstehenden Erörterungen folgt nicht, daß der ganze Boykott sittenwidrig geworden ist.

Ein Boykott wird nicht im ganzen unerlaubt, weil bei seiner Durchführung zu unzulässigen Maßnahmen gegriffen wurde. Nach diesen Erörterungen war eine Verpflichtung zum Schadensersatz nur mehr aus der Verbreitung des Flugblatts 7 der Qu-Akten, aus dem Postenstehen und aus den angegebenen Erörterungen des Vorwärts zu entnehmen". Dies Ergebnis widerspricht m. A. nach den vorhergehenden Entscheidungen, wie auch Enneccerus[1]) anführt, und weicht auch von der vom RG. zitierten Entscheidung ab. Positiv festgestellt ist, daß die Mittel zum Teil gegen die guten Sitten verstoßen haben; ob nun die Aeußerungen im Flugblatt und in der Zeitung vereinzelt unerlaubt gewesen sind oder alle, ist gleichgültig. Die Art des Vorgehens überschritt jedenfalls die Grenzen des Erlaubten.

Unter welchen Voraussetzungen fällt die Verleitung zum Vertragsbruch unter den Tatbestand des § 826? Der 2. Senat cf. RG. JW. 1913, S. 326 steht auf dem Standpunkt, daß das Hinwirken auf einen Vertragsbruch von seiten eines Dritten sittenwidrig sei, wenn nicht im Einzelfall die begleitenden Umstände die Sittenwidrigkeit ausschließen. Die Beklagte hätte bewußt den einen Vertragsteil veranlaßt, in seine Dienste zu treten, und ihn so zum Vertragsbruch verleitet. Dieses planmäßige Hinwirken auf einen Vertragsbruch stelle eine illegale Maßnahme dar, die gegen die guten Sitten verstoße.

Der 6. Senat nimmt dagegen an, daß die Verleitung zum Vertragsbruch von seiten eines Dritten nur dann eine unerlaubte Handlung darstellt, wenn besondere Umstände vorhanden sind, die ein sittenwidriges Verhalten erkennen lassen; cf. RG. JW. 1913, S. 866 f.

Der Tatbestand war folgender: Der Beklagte war Inhaber einer Brauerei und hatte Gastwirt B, der einen Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen hatte, verleitet, in seine Dienste zu treten. Dadurch hat der Beklagte den Vertrag des B mit der Klägerin verletzt. Das RG. nimmt an, daß ein Dritter, wenn er einen Vertrag mit einem vertragsbrüchigen Gegner abschließt, nur dann eine unerlaubte Handlung begeht, wenn „unerlaubte Mittel verwandt werden, um den Vertragsbruch herbeizuführen", oder wenn der Verstoß gegen die guten Sitten sich aus dem Zweck oder den begleitenden Umständen ergibt. Nicht einverstanden ist das RG. mit der Entscheidung des 2. Senats, die die Ausnahme zur Regel macht. Vom Standpunkt des freien Wirtschaftsverkehrs und der freien Konkurrenz aus betrachtet, dürfen die Schranken der persönlichen Freiheit nicht zu eng gezogen werden; außerdem kann nach dem System des BGB. nur ein Vertrag von dem anderen Vertragsteil verletzt werden, nicht von jedem beliebigen Dritten, der nicht in Vertragsbeziehungen zu den Parteien steht. Also ist die Ansicht des 2. Senats bedenklich, wenn der Senat als Regel aufstellt, daß die Verletzung eines Vertrages durch einen Dritten stets eine unerlaubte Handlung sei. Nur bei dinglichen

[1]) Enneccerus, Schuldrecht § 453, 24.

Ansprüchen kann der Berechtigte von jedermann verlangen, daß er sein Recht anerkennt.

Ebenso entscheidet RG. 78, S. 17 f.: Eine Brauerei hatte in einen Bierabnahmevertrag, der zwischen einer andern Brauerei und einem Wirt abgeschlossen war, eingegriffen. Das RG. erkennt an, daß, „wer um eines Vermögensvorteils willen" an der Verletzung von Vertragspflichten teilnimmt, ohne weiteres noch keine unerlaubte Handlung begeht; es müssen besondere Umstände die Annahme einer unerlaubten Handlung rechtfertigen.

Ebenso liegt nach RG. JW. 06, S. 465 in dem Verhalten des Beklagten, der vor Antritt eines Dienstverhältnisses zwei Leute engagiert, die schon mit anderen Dienstherren einen Vertrag abgeschlossen hatten, nicht schlechthin eine unerlaubte Handlung begründet.

Aehnliche Rechtsausführungen finden sich auch in anderen Entscheidungen[1]).

Das RG. läßt eine höchst allgemeine Berufung auf arglistiges Verhalten des Gegners zu. Die Arglist besteht darin, daß das jetzige Verhalten desjenigen, dem die Einrede der Arglist entgegengesetzt wird, „mit einem früher von ihm betätigten Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar ist". Eine Arglist in einem früheren Zeitpunkt ist nicht erforderlich. Die gesetzliche Grundlage findet die Einrede der allgemeinen Arglist in den Bestimmungen § 242, § 826 BGB. Dies ist der Standpunkt, den das RG. schon in wiederholten Entscheidungen vertreten hat[2]). Nur in einer Entscheidung ist der 2. Senat von dieser Ansicht abgewichen.

In RG. Bd. 64, S. 220 hatte der Kläger von der Beklagten Waren bestellt. Die Angestellten der Beklagten hatten einen Teil der Waren dem Regen preisgegeben, sodaß die Waren verdorben waren. Der Beklagte schrieb darauf wider besseres Wissen an den Kläger einen Brief, in dem er ihm mitteilt, daß die Waren vor dem Regen abgeladen seien. Der Kläger ließ daraufhin die Verjährungsfrist verstreichen, und als er Schadensersatz verlangt, beruft sich der Beklagte auf die Einrede der Verjährung. Das RG. führt aus, daß zwar eine allgemeine Arglist aus den Vorschriften des BGB. hergeleitet werden könnte, daß aber in diesem Falle die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Zwar habe der Beklagte nicht das Recht gehabt, dem Kläger einen Brief dieses Inhalts zu schreiben, aber es sei bei der Einrede der Arglist nicht nur erforderlich, daß der Beklagte mit dem Bewußtsein handelte, den Kläger zu schädigen, sondern er müßte mit dem Briefe auch den Zweck verfolgen, daß der Kläger seinen Anspruch nicht geltend machte, sodaß er verjährte. Ein derartig allgemeines Verhalten, wie hier im Tatbestand, sei nicht genügend, um der Einrede der Verjährung die Replik der Arglist entgegensetzen zu können. Die Inkonsequenz dieser Entscheidung gegenüber den anderen liegt darin, daß das RG. hier erhöhte An-

[1]) RG. JW. 1910, S. 705; Warneyer 1910, Nr. 183.
[2]) RG. Bd. 26, S. 94; Bd. 58, S. 428; Bd. 71, S. 435; Bd. 76, S. 355; Bd. 87, S. 283; Bd. 107, S. 362.

forderungen an das Vorliegen der actio doli stellt. Das frühere Verhalten des Beklagten verstößt zweifellos gegen Treu und Glauben. Wenn der Beklagte sich jetzt auf die Verjährung beruft, so erfordert es zweifellos die Billigkeit, daß ihm sein früher verschuldetes Verhalten entgegengehalten werden darf. Das Bewußtsein der Möglichkeit, daß er dadurch die Unterbrechung der Verjährung verhindert, braucht er nicht zu haben.

Der 3. Senat hebt in RG. Bd. 87, S. 282 auch hervor, daß der 2. Senat in der Entscheidung Bd. 64 von der sonstigen Rechtsprechung des RG. abgewichen ist und in der Entscheidung Bd. 78, S. 130 sich auf den Standpunkt gestellt hat, den die Rechtsprechung sonst immer vertritt.

Das RG. bejaht in der Entscheidung Bd. 87, S. 282 das Vorliegen der actio doli. Laut Tatbestand hatte die Klägerin Reparaturen zu verlangen. Die Reparaturen bzw. die Ersatzansprüche des Vermieters unterliegen der Verjährungsfrist des § 558 BGB. Die Klägerin hatte ein Entschädigungsgesuch, verbunden mit einer Schadensersatzberechnung, eingereicht. Als sie keine Antwort auf das Gesuch erhält, war die Verjährungsfrist verstrichen. Gegenüber der Klage beruft sich die beklagte Militärverwaltung zu Unrecht auf die Verjährung. Denn die Klägerin konnte nach allgemeinen Grundsätzen annehmen, „daß die Militärverwaltung ihre Entschließung lediglich von der Prüfung des Gesuchs abhängig machen werde", sich aber nicht auf die Einrede der Verjährung berufen würde. Das Verhalten der Beklagten zur früheren Zeit war zwar nicht arglistig, verstößt aber gegen Treu und Glauben gegenüber dem jetzt getätigten Vorgehen. Eine derart allgemeine Berufung auf arglistiges Verhalten ist zulässig; dem steht auch nicht entgegen, daß es sich um eine Verjährung handelt. „Soweit das auf Beweiserleichterung beruhende Interesse des Schuldners bei der rechtzeitigen Klageerhebung in Frage kommt, widerspricht es dem Rechtsempfinden und kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, daß der Schuldner dies Interesse auf Kosten von Treu und Glauben wahrt."

Ja sogar läßt das RG. die Berufung auf arglistiges Verhalten gegenüber rechtskräftigen, allerdings auf öffentliche Zustellung ergangenen Urteilen zu. In RG. Bd. 61, S. 364 wurde der Kläger durch Versäumnisurteil rechtskräftig verurteilt, 5000 Mk. zu zahlen. Das Urteil erging, nachdem der Kläger durch öffentliche Bekanntmachung geladen und sich nicht gemeldet hatte, da er im Ausland war. Als der Beklagte nachher die Zwangsvollstreckung betreibt, verweigerte der Kläger die Zahlung, da der Beklagte das Urteil erschlichen habe; er habe seine Abwesenheit im Ausland ausgenutzt, um sich das Urteil zu verschaffen; sein Aufenthalt im Ausland sei ihm bekannt gewesen. Das RG. führt aus, daß die Wirkung der Rechtskraft dann nicht zur Anwendung kommen darf, wenn die andere Partei bewußt wahrheitswidrig ein unrichtiges Urteil herbeigeführt hat. Das Verschweigen des Wohnsitzes des Klägers würde

unter gewöhnlichen Umständen die actio doli begründen. Denn dies Verhalten des Beklagten verstößt gegen Treu und Glauben; in diesem Falle ist die actio doli auch gerechtfertigt, da „die Berufung auf die Rechtskraft als eine gegen die guten Sitten verstoßende Ausbeutung" angesehen werden muß.

Die Theorie der Unterlassungsklage wird zuerst im Zusammenhang entwickelt in RG. 48, S. 118, und es ist nicht nötig, auf die vorhergehenden Entscheidungen einzugehen, da sie keine wesentlichen Rechtsausführungen enthalten.

Eine Dampfschiffahrtsgesellschaft hatte sich mit einer konkurrierenden Seglergruppe auf bestimmte Mindestsätze geeinigt, dehnte in der Folge den Frachtverkehr weiter nach dem australischen Hafen Brisbane aus; und um diese Linie für sich allein zu bekommen, verfiel sie darauf, einer Speditionsfirma, die der Seglergruppe große Frachten zuführte, anzudrohen, sie werde für sie die Frachtsätze erhöhen und hiervon die Kunden der Speditionsfirma benachrichtigen. Sei es nun, daß die Seglergruppe in einer der Dampfergesellschaft entsprechenden Weise einwirkte, oder ihre Beziehungen zur Speditionsfirma löste, die Speditionsfirma klagte gegen die Dampfschiffahrtsgesellschaft auf Unterlassung. Das Berufungsgericht hatte ausgeführt, daß in der Drohung ein unsittliches Verhalten zu erblicken sei; der Bedrohte habe bei Aufrechterhaltung der Drohung das Recht, Schadensersatz zu verlangen. Der Ersatz bedeute die Wiederherstellung des Zustandes, der bestände, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand — die Androhung — nicht eingetreten wäre. Diesen Ausführungen tritt das RG. nicht bei, da es sich nicht darum handelt, Schäden zu beseitigen, sondern künftigen Störungen vorzubeugen. Das RG. läßt die Unterlassungsklage zu, wenn der volle objektive und subjektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben ist und zu befürchten ist, daß weitere störende Eingriffe erfolgen, „wo mit der Klage die Fortsetzung oder Vollendung einer verübten oder begangenen Schädigung verhütet werden soll". In dem BGB. sind einige Fälle der Unterlassungsklage positiv geregelt, und das BGB. hat diese Fälle sicherlich nicht ausschließlich aufgezählt, sodaß bei ähnlich gelagerten Tatbeständen auch eine Unterlassungsklage möglich ist. Das RG. entscheidet noch nicht, ob bei der Unterlassungsklage eine analoge Anwendung der Eigentumsabwehrklage des § 1004 stattfinden kann.

Auch in RG. Bd. 53, S. 401 steht das RG. auf dem Standpunkt, daß ein Verschulden des Täters bei der Unterlassungsklage erforderlich ist. Die im § 7 des unlauteren Wettbewerbsgesetzes unter Strafe gestellte Anschwärzung, auch wenn sie nicht zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt, begründet eine Klage auf Unterlassung. Das RG. erwägt noch nicht, ob die Unterlassungsklage vielleicht deshalb ausgeschlossen ist, daß dem Beklagten durch eine Strafandrohung schon genügend Schutz gegeben wird, wie in RG. Bd. 77, S. 222. Es begründet sogar die Unterlassungsklage hauptsächlich damit, daß

durch die Strafandrohung jedermann verboten ist, derartige Handlungen zu begehen und daß der Verletzte deshalb berechtigt sein müsse, die Unterlassungsklage geltend zu machen.

Dieselben Erwägungen finden sich in RG. Bd. 56, S. 289: „Es muß in den Fällen, wo durch eine unerlaubte Handlung ein den andern dauernd schädigender und mit Nachteil bedrohender Zustand geschaffen wird, oder wo namentlich durch öffentliche Kundgebung die Bedingungen einer fortwirkenden bzw. sich erneuernden Benachteiligung gegeben sind, dem Verletzten ein Rechtsmittel in die Hand gegeben werden, jenem Zustand ein Ende zu bereiten, die Quelle weiterer Schädigungen zu verschließen".

Aehnlichen Rechtsausführungen begegnen wir in den Entscheidungen Bd. 57, S. 157; S. 242.

In RG. Bd. 60, S. 2 führt das RG. aus, daß gegen die Unterlassungsklage nichts einzuwenden wäre, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gegeben wäre.

Eine Schwenkung vollzieht das RG. in RG. 60, S. 6, indem es die Unterlassungsklage auch dann für zulässig erachtet, wenn nur eine objektive Rechtswidrigkeit des Täters, aber kein Verschulden vorliegt, wie ja bei Verletzung absoluter Rechte nach BGB. auch kein Verschulden zur Begründung einer Unterlassungsklage nötig ist.

Im Oktober 1902 erschien ein vom Beklagten verfaßtes Buch, das schädigende Behauptungen über den Kläger enthielt. Von den unteren Instanzen war tatsächlich angenommen worden, daß der Beklagte die Unwahrheit zwar nicht gekannt, aber habe kennen müssen; doch habe er ein berechtigtes Interesse gehabt, das Buch zu veröffentlichen. Das RG. beachtet es für unbeachtlich, ob den Täter ein Verschulden trifft, oder ob die subjektive Rechtswidrigkeit durch Wahrnehmung berechtigter Interessen ausgeschlossen ist. Denn auch jeder objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Rechtsgut berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Störungen zu befürchten sind. „Die Billigkeit mag fordern", daß die Schadensersatzpflicht nur bei Verschulden eintritt, „es ist aber ein Gebot der Gerechtigkeit", daß auch bei jedem objektiv widerrechtlichen Eingriff ein Schutz gewährt wird. Denn die bloße Verurteilung zur Unterlassung gewisser künftiger Handlungen zieht nicht so schwerwiegende Folgen nach sich wie die Ersatzleistung, die nur bei Vorhandensein von Verschulden gefordert werden kann. Zum ersten Male spricht das RG. davon, daß die actio quasi negatoria ihre gesetzliche Grundlage in der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. hat.

Wenn das RG. von einem durch das Gesetz geschützten Rechtsgut redet, so kann darunter kein subjektives Recht verstanden werden, denn in dem zur Entscheidung stehenden Falle ist gar kein subjektives Recht verletzt, wie Enneccerus[1]) richtig ausführt.

[1]) Enneccerus § 465$_1$.

Auch RG. Bd. 61, S. 366 läßt eine Klage bei nur objektiv rechtswidrigem Verhalten zu. Da das RG. die Unterlassungsklage gegenüber bloß drohenden Schädigungen am guten Ruf stattgegeben hatte, mußte sie sie auch allgemein anerkennen, wenn der Kredit, der Erwerb und das Fortkommen durch Verbreitung unwahrer Tatsachen beeinträchtigt wurden, wie in dieser Entscheidung laut Tatbestand der Fall war. Von der Entscheidung interessiert folgende Erwägung: „Wenn der Beklagte auch straflos bleibt, so kann daraus nicht die Folgerung hergeleitet werden, daß das Vorhandensein eines Interesses die Klage auf künftige Unterlassung der Verbreitung der als unwahr festgestellten oder nicht erweislich wahren tatsächlichen Behauptung ausschließe".

RG. Bd. 67, S. 153 bestätigt die vornergehenden Erörterungen des RG.

Da die Unterlassungsklagen überhand nahmen, weil jeder Eingriff in irgendwelche schutzbedürftigen Güter nach der Rechtsprechung des RG. eine Unterlassungsklage rechtfertigte, suchte das RG. die Klage einzuschränken.

Der 6. Senat erklärt in RG. Bd. 77, S. 217 ff. die Unterlassungsklage für unzulässig, wenn die in Frage stehende Handlung bereits durch Strafgesetz verboten sei, da hierdurch den Bedrohten bereits ein genügender Schutz gewährt würde. „RG. 48, S. 53 usw. haben es auf das Rechtsschutzbedürfnis abgestellt. Wo die Wiederholung einer Handlung als gesetzlich verboten bereits mit öffentlicher Strafe bedroht ist, ist für eine zivilrechtliche Strafandrohung kein Bedürfnis". Aus dem Mangel des Bedürfnisses nach Rechtsschutz hat aber das RG. Bd. 48 nicht die Folgerung gezogen, dass die Unterlassungsklage bei Verletzung strafrechtlicher Normen nicht zuzulassen sei. Das RG. entscheidet nicht, sondern läßt dahingestellt, ob die actio quasi negatoria auch zulässig ist, wenn zwar die Handlung mit öffentlicher Strafe bedroht ist, die Verfolgung aber nicht dem Staat, sondern dem Verletzten obliegt; jedenfalls gilt der Grundsatz, daß die Unterlassungsklage nicht nötig ist, wenn es sich nicht um Antragsdelikte handelt, wo der Staat selbst die Strafverfolgung übernimmt.

Einen Rückschritt gegenüber den letztgenannten Entscheidungen stellt diese Entscheidung auch insofern dar, als sie wieder bei der Unterlassungsklage auf § 249 zurückgreift, den das RG. in RG. Bd. 48 ausdrücklich abgelehnt hatte. „Eine Klage auf Unterlassung findet dann statt, wenn durch eine vorausgegangene unerlaubte Handlung ein den klagenden Teil dauernd schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird, sodaß die Unterlassungsklage die Wiederherstellung des früheren Zustands im Sinne des § 249 bedeutet, vorausgesetzt, daß eine Wiederholung eines in der Vergangenheit liegenden Eingriffs ernstlich zu befürchten ist und daß in dem Eingriff der volle objektive und subjektive Tatbestand erfüllt ist". Das RG. hat nach dieser Entscheidung den § 249 nicht wieder bei der Unterlassungsklage

angewendet; so wird in RG. Bd. 82, S. 60 ff. die Anwendbarkeit des § 249 ausdrücklich abgelehnt.

Auch in anderer Hinsicht steht dieser in der Reichsgerichtsentscheidung vertretene Satz im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung; seit RG. Bd. 60, S. 6 ist für die Unterlassungsklage kein Verschulden mehr erforderlich.

Daß der strafrechtliche Schutz häufig nicht ausreichen wird, erkennt das RG. in Bd. 82, S. 60 ff. an und erklärt einschränkend die Unterlassungsklage für zulässig, wenn ein besonderes Rechtsschutzinteresse dargetan wird. Das kommt, wie Enneccerus[1]) richtig hervorhebt, darauf hinaus, dass die Unterlassungsklage trotz öffentlicher Strafandrohung doch immer für zulässig erklärt wird, weil das Rechtsschutzbedürfnis darin besteht, „daß Wiederholungen zu befürchten sind". „Die zivilrechtliche Unterlassungsklage ist nach RG. nicht für gegeben zu erachten, wenn gegen die unerlaubte Handlung ein wirksamer Rechtsschutz durch öffentliche Strafandrohung gegeben ist. Gleichwohl ist die zivilrechtliche Unterlassungsklage infolge der öffentlichen Strafandrohung nicht schlechthin für ausgeschlossen zu erachten, wenn ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dargetan wird, sei es, daß bei der Privatklage die jeweilige Strafverfolgung im Einzelfall dem Verletzten die Abwehr ungebührlich erschweren und gegen die zu erwartende Wiederholung nicht genügend Schutz gewähren würde." Aus dieser Begründung folgt aber nicht, daß auch bei Delikten, die nicht auf Antrag erfolgen, die Unterlassungsklage nicht möglich sein kann, denn es kommt darauf an, ob ein wirksamer Rechtsschutz vorliegt. Außerdem ist der Fall des Antragsdelikts nur als Beispiel aufgezählt, wie aus dem Ausdruck „sei es" hervorgeht.

In RG. Bd. 88, S. 130 lässt das RG. die Unterlassungsklage nicht zu; eine Strafanzeige, die in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten erstattet zu werden pflegt, macht eine Unterlassungsklage überflüssig. Der Beklagte hätte den Kläger wegen verleumderischer Beleidigung oder übler Nachrede zur Verantwortung ziehen können. Es ist kein Grund ersichtlich, daß ein Bedürfnis bestände, der Klage stattzugeben.

Nur scheinbar im Widerspruch zu den oben besprochenen Entscheidungen steht die Entscheidung in Bd. 97, S. 243. Neben der bisher besprochenen Unterlassungsklage gibt es noch eine sog. Unterlassungsklage auf Wiederherstellung, die auf Beseitigung noch fortdauernder, störender Eingriffe geht; bei dieser Klage ist Verschulden notwendig. Das RG. lehnt eine Klage auf Widerruf einer Behauptung ab, durch die ein geschütztes Rechtsgut des Klägers nur objektiv, nicht schuldhaft verletzt wird. Die Unterlassungsklage auf Widerruf ist in Wahrheit eine Schadensersatzklage, die auf Wiederherstellung des ohne die schädigende Handlung bestehenden Zustandes geht. Deshalb sind die Grundsätze der allgemeinen Unterlassungs-

[1]) Enneccerus, Schuldrecht, § 465$_{16}$.

klage nicht anzuwenden. „Beide Ansprüche haben einen verschiedenen Gegenstand, die Unterlassungsklage soll künftigen Schäden vorbeugen, der Widerruf geschehene Schädigungen wieder gut machen. Mag auch im Einzelfall sie der Unterlassungsklage sehr ähnlich sein, als der Kläger sich durch Erzwingung des Widerrufs von einem in der Zukunft liegenden Drucke befreien will, so könnte auf der anderen Seite ihre Zulassung der Prozeßsucht, Rechthaberei und Empfindlichkeit im öffentlichen Leben besondere Nahrung geben."

Der Begriff des Tierhalters wird nach der Rechtsprechung des RG. verschieden definiert.

Nach RG. Bd. 52, S. 118 soll entscheidend sein, „wer in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht bloß zu einem vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von gewisser Dauer".

RG. 55, S. 163 folgt der Definition und verwirft die Ansicht des OLG., die es für erheblich hält, zu wessen Zweck das Tier gebraucht wird; denn „unter halten ist nicht eine momentane Benutzung, sondern ein Verhältnis von einiger Dauer zu verstehen".

RG. 62, S. 81 kommt zu einem anderen Ergebnis: Der Eigentümer eines Pferdes hatte sein Pferd unentgeltlich einem anderen zu einer Fahrt geliehen, und während dieser Fahrt hatte das Tier Schaden angerichtet.

Wer ist Tierhalter?

Das RG. beruft sich zunächst auf das Urteil Bd. 55, S. 163, wonach zur Tierhaltereigenschaft ein tatsächliches Verhältnis erforderlich ist. „Das Wesen dieses Verhältnisses kann man in seiner sprachgebräuchlichen Bedeutung nur darin erblicken, daß das Tier von demjenigen gehalten wird, der es in seinem Wirtschaftsbetrieb — oder im weitesten Sinne in seinem Haushaltungsbetrieb — aufgenommen hat, um es dauernd seinen Zwecken dienstbar zu machen." Durch diese Auslegung kommen wir zu einem anderen Begriff des Tierhalters, als in den obengenannten Entscheidungen. Denn Einstellung in den Wirtschaftsbetrieb ist nicht identisch mit Gewährung von Obdach und Unterhalt im eigenen Interesse. Das Pferd kann wohl zu meinem Wirtschaftsbetrieb gehören, aber von einem anderen unterhalten werden, wie bei einem Pferdeverleihinstitut es häufig der Fall ist, wo die Tiere für längere Zeit an andere vermietet und von diesen dann unterhalten werden. Aber das ist das merkwürdige dieses Urteils; das RG. biegt diesen Begriff wieder um, indem es ausschließlich Wert darauf legt, wer den Nutzen von dem Tiere hat[1]). Für die Frage, wer als Schadensersatzpflichtiger in Betracht komme, dürfe nicht allein der Sprachgebrauch entscheiden. Wenn auch nach dem Buchstaben des Gesetzes der Eigentümer als Tierhalter in Betracht komme, so müsse doch nach den unverkennbaren Absichten des Gesetzgebers derjenige für haftbar erklärt werden, der das Tier, wenn auch vorübergehend, in seinen Betrieb einstellt. Der Sinn des Ge-

[1]) Enneccerus § 466_{14}.

setzes sei, daß dritte Personen vor Gefahren geschützt würden, die von dem Tiere ausgehen. Daher müsse den Schaden tragen, wer den Nutzen von dem Tiere hat. Das RG. hält nicht daran fest, daß das Tier dauernd gehalten werden muß; denn das Tier ist nur für kurze Zeit verliehen, nicht für längere Zeit vermietet.

RG. Bd. 66, S. 1 ff. hingegen erklärt lediglich für maßgebend, zu wessen Wirtschaftsbetrieb das Tier gehört, gibt also eine andere Definition als in RG. 52, S. 118.

In RG. Recht 1912, Nr. 1302 wird die Tierhaltereigenschaft auch für die Zeit bejaht, während der ein Reitinstitut die Pferde vermietet. Denn es gehört zum Wirtschaftsbetrieb des Beklagten, die Reitpferde des Bestandes an andere zu vermieten innerhalb und außerhalb der Reitbahn, gegen Entgelt. Das Tier scheidet nicht aus dem Wirtschaftsbetrieb aus dadurch, daß es vorübergehend in ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis eines anderen übergeht. Das RG. nimmt genau den entgegengesetzten Standpunkt ein, wie in RG. 62, S. 81.

RG. JW. 1915, S. 91 hebt auch hervor, daß der Fall 62, S. 81 anders zu entscheiden gewesen wäre.

In RG. Warneyer 1915, Nr. 237 hatte sich die Beklagte verpflichtet, soviel Pferde zu liefern, als nach der Bestimmung der Grubenverwaltung notwendig sind; die Grubenverwaltung stellt die Stallung und gewisse Zuggeräte; die Beklagte besorgte das Futter und andere Geräte. Die Definition des RG. 52 paßt nicht; die Beklagte übernimmt nicht die Sorge für die Tiere, da sie ihnen nicht den Unterhalt gewährt; die Zeche hat kein eigenes Interesse an den Tieren. Auch kommt es nicht darauf an, wer den Nutzen von den Tieren hat; den haben schließlich beide, der eine dadurch, daß er an dem Vermieten der Tiere verdient, der andere dadurch, daß er die Pferde in seinem Betriebe benutzt. Das RG. bezeichnet als Tierhalter, wer das Tier gegen Entgelt zeitweilig einem anderen zum Gebrauche überläßt; es scheidet nicht aus dem eigenen Wirtschaftsbetrieb aus, zumal nicht, wenn der Wirtschaftsbetrieb eben in der Vermittlung von Pferden besteht. Von der Dauer der Besitzzeit wird ganz abgesehen.

Ebenso kommt es in der Entscheidung RG. 08, Nr. 1193 nicht auf die Dauer an. Der Eigentümer bleibt Tierhalter auch dann, wenn er das Tier einem anderen zum Training übergibt. Von einer einheitlichen Rechtsprechung kann bis jetzt noch nicht die Rede sein.

Eine Haftung des Tierhalters zu Gunsten des Fahrgasts, der aus Gefälligkeit und auf seine Bitte hin in dem Wagen mitgenommen wird, und bei der Fahrt zu Schaden kommt, wird nach anfänglich entgegengesetzter Meinung des RG. heute allgemein verneint.

In RG. 54, S. 73 hatte der Beklagte den Ehemann bzw. Vater der Kläger aus Gefälligkeit mitgenommen. Der Ehemann erleidet einen Unfall, an dessen Folgen er starb, und die Kläger machen die Beklagte auf Schadensersatz verantwortlich. Das RG. nimmt eine Haf-

tung an, indem es nur die Frage einer eingehenden Berufung unterzieht, ob der Schaden dadurch entstanden ist, daß das Tier aus eigner Willkür oder nur als Werkzeug eines Menschen gehandelt hat, und kommt nach Bejahung des willkürlichen Tuns zu einer Haftung, ohne zu erörtern, ob vielleicht aus Billigkeitsgründen eine Haftung ausgeschlossen sein könnte.

Im Gegensatz zu dieser Entscheidung lehnt RG. 65, S. 313ff. die Haftung ab. Es lag derselbe Tatbestand vor, wie in der vorher zitierten Entscheidung. Der Kläger war auch aus Gefälligkeit mitgenommen worden und eine Vergütung für die Fahrt war nicht genommen. Das RG. nimmt einen Ausschluß der Haftung durch stillschweigenden Vertrag an. Es könne billigerweise dem Beklagten nicht zugemutet werden, daß er für den Schaden haften müsse, wenn der Fahrgast nichts bezahlt habe. Der Unfall gehe auf Rechnung und Gefahr des Klägers. „Dem Zustandekommen des Vertrages stehe auch nicht der Umstand entgegen, daß die Vertragschließenden mit dem normalen Verlauf der Fahrt gerechnet hätten."

In RG. Bd. 67, S. 433ff., wird bei gleicher Sachlage die Haftung verneint und ausgeführt, daß ein Vertrag betreffend den Ausschluß der Tierhalterhaftung nicht nur ausdrücklich durch wechseln von Worten geschlossen werden könnte, sondern daß das Zustandekommen eines Vertrages auch möglich sei durch konkludente Handlungen. Aus dem gesamten Verhalten der Parteien sei unter Berücksichtigung von Treu und Glauben darauf zu schließen, was die Parteien gewollt hätten.

Dieselben Ausführungen finden sich in RG. JW. 08, S. 108ff. Von der Begründung ist folgender Satz von Interesse: „Die Parteien haben, indem der Kläger um Gestattung der Mitfahrt gebeten, der Beklagte seine Einwilligung erteilt hat, sich stillschweigend dahin erklärt, daß die Mitfahrt für den Kläger unentgeltlich und dem Beklagten keine Nachteile bringen sollte."

Sind Maschinen wesentliche Bestandteile des Grundstücks? Die Rechtsprechung war in dieser Frage uneinheitlich.

In RG. 50, S. 243 nimmt das RG. an, daß durch die Einrichtung für einen bestimmten Betrieb stets das Fabrikgebäude in seinem Wesen bestimmt werde[1]). Es erleidet durch die Wegnahme der Maschinen eine Wesensänderung. Das Fabrikgebäude bildet mit der Maschine stets ein Ganzes; wenn die Maschine nicht mehr da wäre, sei die Bestimmung des Fabrikgebäudes weggefallen.

Nach RG. Bd. 62, S. 409 hört das Fabrikgebäude, wenn die Maschinen weggenommen sind, auf, „überhaupt eine zum Funktionieren geeignete Einrichtung zu sein". Das Fabrikgebäude verliert einen Teil, der zu seinem Bestande notwendig ist. „Zu Bestandteilen gehören alle diejenigen Teile des Ganzen, die durch ihren Zusammenhang die Sache in ihrer angegebenen Bedeutung bilden und deren

[1]) Enneccerus § 118$_1$.

keiner fehlen darf, ohne daß der Charakter der Vollständigkeit verloren ginge."

Wenn das Fabrikgebäude durch die Maschinen das Gepräge eines Maschinenbetriebs erhält, sind nach RG. 63, S. 420 die Maschinen Bestandteile des Grundstücks.

In den genannten Entscheidungen macht das RG. die Bestandteilseigenschaft von Maschinen nicht davon abhängig, ob die Maschine und das Fabrikgebäude einander angepaßt sind, ob die Maschine nach dem Fabrikgebäude konstruiert ist, oder das Fabrikgebäude so für die Maschine gebaut ist, daß beide Teile zu nichts anderem verwandt werden können[1]). Das RG. betont lediglich, daß die Bestandteilseigenschaft vorliegt, wenn die Maschine für die Fabrik von wesentlicher Bedeutung ist, stellt es darauf ab, ob sie für das Fabrikgebäude wichtig ist. Leonhard[2]) führt auch aus, daß das RG. früher die sog. Wichtigkeitstheorie vertreten habe. Ja, nach RG. 50, S. 243 genügt eigentlich überhaupt das Einbringen der Maschine in das Fabrikgebäude in eine lose Verbindung mit dem Gebäude, da das Fabrikgebäude durch die Wegnahme der Maschine ihre bestimmungsgemäße Verwendbarkeit verlieren würde.

Demgegenüber wird vom 5. Senat in RG. 67, S. 30ff. die Bestandteilseigenschaft davon abhängig gemacht, ob die Verkehrsanschauung das Fabrikgebäude und die Maschinen als einheitliche Sache betrachte. Wenn auch das RG. am Ende der Entscheidung feststellt, daß die Vertretung dieses Standpunkts keine Aenderung gegenüber den früheren Entscheidungen bedeute, sondern daß die Erfordernisse der Bestandteilseigenschaft nur schärfer formuliert würden, so ist das m. A. nach unrichtig. Die Verkehrsanschauung kann sehr wohl die Einheitlichkeit des Ganzen ablehnen, während nach früheren Entscheidungen die Bestandteilseigenschaft bejaht wurde; z. B. wenn die Maschine zum Fabrikgebäude gehört, aber ohne große Mühe und äußere Beschädigung herausgeholt werden kann. Das RG. führt in dieser Entscheidung aus, daß die Maschine dann Bestandteil ist, wenn sie dergestalt in den körperlichen Gegenstand des gewerblichen Gebäudes aufgenommen ist, daß nur ein Körper, nämlich das Gebäude, besteht; während früher das RG. in RG. JW. 1905, S. 385 den Standpunkt einnahm, „daß durch die Wegnahme einer Maschine die Fabrik als Ganzes aufgehoben und dadurch das Gebäude in seinem Wesen als zu einem besonderen Betriebe dauerndes Fabrikgebäude gleichfalls verändert wird". Das RG. unterscheidet also früher doch nicht, ob Fabrik und Gebäude wirtschaftlich als eine Sache zu betrachten sind.

RG. 69, S. 153 macht entgegen RG. 67, S. 30 darauf aufmerksam, daß eine übereinstimmende Verkehrsanschauung der beteiligten Kreise bei Maschinen wohl in den meisten Fällen fehle. Es können nicht einseitig die Ansichten der Maschinenfabrikanten und

[1]) Enneccerus § 118$_{10}$.
[2]) Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 22.

der Sachverständigen berücksichtigt werden. Es müssen die Ansichten aller Interessenten geprüft werden. Ergeben sich nun Meinungsverschiedenheiten, so fehlt eben eine einheitliche Anschauung, die der Richter zu berücksichtigen hat.

Die neuere Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt cf. RG. JW. 1908, S. 517[1]), daß es nicht genügt, daß die Maschine für den Fabrikationsbetrieb von wesentlicher Bedeutung ist, sondern daß im Falle einer losen Verbindung das Gebäude gerade dieser Sache angepaßt sein muß, derart, daß es eine einheitliche Sache mit der Maschine darstellt.

In RG. JW. 1909, S. 159 hatte das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Maschine zwar nicht die Fabrik in ihrem Bestande beeinträchtigen würde, aber die Fabrik als solche beseitigt und ihres Charakters entkleidet würde. Das RG. lehnt diese Auffassung ab, die den früheren Entscheidungen entspricht, indem es auf die Entscheidung 67 verweist und die seitdem ständig vertretene Rechtsauffassung.

In RG. Warneyer 1913, § 93 wird die Bestandteilseigenschaft maschineller Gegenstände, die zu einer Turbinenanlage für eine Säge- und Mahlmühle geliefert und in die Fundamente einbetoniert sind, verneint. Denn maßgebend sei nicht, ob die Gegenstände wichtig seien, sondern ob eine Sacheinheit vorliege, die durch die Entfernung der Maschinen wesentlich verändert würde.

Die frühere Rechtsprechung des RG. hat die Bestandteilseigenschaft auch dann bejaht, wenn die dem Fabrikgebäude eingefügten Maschinen leicht durch andere ersetzt werden können[2]).

Unerheblich ist nach RG. 62, S. 409, ob die Maschinen mit pekuniären Opfern leicht durch andere ersetzt werden können. Dadurch wird die Bestandteilseigenschaft nicht berührt.

Nach RG. 63, S. 419 ist der Umstand unbeachtlich, daß eine andere, weniger kostspielige Maschine dieselben Dienste leisten würde, und daß das Gebäude durch Ersetzung der kostspieligeren durch eine wohlfeile Maschine in seiner Eigenschaft als Fabrikgebäude verlieren würde.

Nach neueren Entscheidungen sind nur lose mit dem Gebäude verbundene und dessen Bauart und Gliederung nicht angepaßte Maschinen, die lediglich Markt- und Katalogwaren darstellen, keine Bestandteile. Sie können ohne Schwierigkeit entfernt und durch andere, gleichartige Maschinen ersetzt werden. Sie behalten ihre körperliche Selbständigkeit bei.

So verneint RG. Recht 1910, S. 1902 die Bestandteilseigenschaft, weil die dort in Frage stehenden Maschinen nicht eigens für die Fabrik errichtet, sondern Marktware sind, die leicht käuflich ist. Die Fabrik erhält durch solche Maschinen nicht das typische Aussehen einer Fabrik.

---

[1]) Rg. JW. 1909, S. 131, 267f, RG. Warn. 1913, S. 106, 1918 S. 234.
[2]) Enneccerus § $118_{9/16}$ —.

Nach RG. 69, S. 122 kann die Trennung einer „mit einer Fabrik nur lose verbundenen und beliebig durch eine andere ersetzbaren Maschine von der Art einer Marktware weder für das Fabrikgebäude noch für die Maschine von wesentlichem Nachteil sein". Das RG. unterscheidet im Gegensatz zu früher zwischen individuell für die Fabrik bestimmten Maschinen und solchen, die allgemein gängige Ware sind[1]). Demgemäß lehnt das RG. in RG. JW. 1912, S. 129 die Bestandteilseigenschaft bei Lokomobilen ab, da sie nach allgemeinem Typus erbaut sind und nach Preislisten zum Verkauf gestellt werden.

Bezüglich der Formvorschriften, die das BGB. beim eigenhändigen Testament aufstellt, hat das RG. seinen Standpunkt in etwas modifiziert. Beim eigenhändigen Testament stand das RG. früher auf dem Standpunkt, daß schlechthin die Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe zu fordern ist, da die Orts- und Zeitangabe zur Form des Testaments gehört.

So führt RG. Bd. 51, S. 166 aus, daß das RG. von jeher den Standpunkt vertreten habe, daß die Orts- und Zeitangabe der Wahrheit entsprechen müsse mit der Begründung, daß man aus dem Testament als Beweismittel schließen kann, ob der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung testierfähig gewesen sei und welches Testament bei Errichtung mehrerer Testamente zu gelten habe. Um dieser Auffassung gerecht zu werden, „erscheint es geboten, an der strengen Auffassung, die das RG. früher bezüglich des französischen Rechts vertreten hat, jetzt auch in Ansehung des § 2231 BGB. festzuhalten".

Auch nach RG. Bd. 52, S. 282 muß das Datum richtig sein, und das RG. verweist auf die vorher zitierte Entscheidung. Das Urteil des KG. verwirft es, weil dieses dem Begriff „Richtiger Angabe die Bedeutung einer Uebereinstimmung mit der willkürlichen Bestimmung des Erblassers beilegt".

RG. JW. 1902, S. 232 Nr. 103 stellt dieselben Erwägungen an.

RG. 64, S. 423 erkennt an, daß ein Testament gültig ist, wenn der Erblasser durch offenbares Versehen eine unrichtige Angabe macht, die aus dem übrigen Inhalt des Testaments und aus den Umständen, die zur Auslegung des Testaments verwertet werden dürfen, berichtigt werden kann. Diese Entscheidung, die den erstgenannten widerspricht, wurde notwendig, weil die frühere Rechtsprechung zu unbilligen Härten führte, die sich aus einem überspannten Formalismus ergaben. Die im Jahre 1904 verstorbene Erblasserin hatte ein Testament errichtet, das 1804 datiert war. Die Erblasserin konnte aber unmöglich, wenn sie im Jahre 1904 starb, schon zur Zeit der Testamentserrichtung im Jahre 1804 einen Sohn als Major gehabt haben. Wenn die Erblasserin falsch datiert hat, so entsteht rechtsgrundsätzlich kein Bedenken, das gesetzliche Erfordernis der Datierung als erfüllt anzusehen. Zwar kann der Beweis der Richtigkeit

[1]) RG. Recht 1911. Nr. 1263; RG. JW. 08, 738; 09. 485 —.

nicht mit den gewöhnlichen Mitteln im Prozeß geführt werden, sondern es muß sich aus dem Inhalt des Testaments ergeben, daß diese Angabe versehentlich falsch war, „wobei die Verwertung offenkundiger Tatsachen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist".

In einer anderen Entscheidung, RG. Gruchot 61, S. 936f., gab das Testament an, daß der Erblasser 1842 geboren war, das Datum lautete: 1813. Das RG. nahm ebenfalls Gültigkeit des Testaments an, welcher Fall freilich noch einfacher liegt als der vorige.

RG. JW. 1907, S. 367 präzisiert genau, aus welchen Beweismitteln das Datum richtiggestellt werden darf. Das Testament enthielt das Datum: 12. August 1906; unter der Unterschrift der Erblasserin auf demselben Blatt Papier war ein Gemeindesiegel abgestempelt mit dem Datum: 13. August 1906, worin bestätigt ist, daß dies der letzte Wille der Erblasserin ist. Das RG. lehnt ab, daß in diesem Falle ein gültiges Testament vorliege. „Das RG. ist soweit gegangen, die Verwertung offenkundiger Tatsachen für nicht grundsätzlich ausgeschlossen zu erachten; dagegen würde es zur völligen Preisgabe führen, wenn das Testament auch aus Tatumständen berichtigt werden dürfte, die erst auf Grund von Ermittlungen festgestellt werden."

Auch bezüglich der Formvorschriften beim notariellen Testament hat das RG. verschiedene Rechtsauffassungen vertreten. Der 3. Senat nimmt in RG. Bd. 74, S. 421 an, daß eine versehentlich unrichtige Datierung das Testament nicht nichtig mache. Das Fehlen der Angabe von Ort und Tag mache das Testament nichtig, nicht die unrichtige Angabe. Würde man als Formerfordernis die Richtigkeit der Angabe des Ortes verlangen, so würde das eine große Rechtsunsicherheit zur Folge haben, da sehr viele Urkunden nicht die richtige Angabe enthielten. „Wenn die sachliche Richtigkeit Voraussetzung der Gültigkeit eines öffentlichen Testaments wäre, so würde ein solches Testament die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde nur dann haben, wenn die Richtigkeit der Angaben bewiesen wäre."

Der 4. Senat mißbilligt in RG. 81, S. 95ff. die Ansicht des dritten Senats und hält daran fest, daß der richtige Tag der Verhandlung im Protokoll angegeben werden muß, weil die richtige Angabe des Datums zum Formerfordernis einer Urkunde gehört. Der 4. Senat gibt aber keine grundsätzliche Entscheidung über die Rechtsfrage, da sie in dem zur Entscheidung stehenden Falle nicht erforderlich war.

Erst RG. Bd. 109, S. 371 bringt eine endgültige Klärung. Es war ein Kaufvertrag abgeschlossen, und die Form nicht gewahrt. Es wurde vom Berufungsrichter festgestellt, daß infolge Versehens des Notars der Tag der Verhandlung nicht richtig beurkundet war; der Kaufvertrag war nicht am 26. August, sondern erst nach Mitternacht abgeschlossen. Da zwischen Testamenten und sonstigen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bestehenden Rechtsgeschäften bezügl. der Formvorschriften kein Unterschied besteht, mußte die Frage grundsätzlich zum Austrag gebracht werden, ob eine versehent-

liche Falschbeurkundung Nichtigkeit zur Folge hat. Das RG. nimmt entgegen der früher vertretenen Auffassung des 3. Senats, die dieser Senat jetzt aufgegeben hat, an, daß die Feststellung der Unrichtigkeit einer Beurkundung dahin führe, „daß das unrichtig Beurkundete als überhaupt nicht beurkundet gilt, nicht aber dazu, daß das als beurkundet zu gelten hätte, was hätte beurkundet werden sollen". Denn die Beurkundung ist nur dann vollständig, wenn nicht ein beliebiges Datum, sondern das richtige Datum im Protokoll steht. Ort und Zeit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts sind notwendige Voraussetzungen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts.

Der 3. Senat vertritt in RG. Bd. 74, S. 421 ff. ferner den Standpunkt, daß eine auf Versehen beruhende unrichtige Datierung des Testaments wenigstens dann nicht seine Nichtigkeit zur Folge hat, wenn das Datum in anderer Weise festgestellt werden kann.

RG. JW. 1911, S. 589 Nr. 36 hingegen läßt nicht jegliche Beweismittel zur Ermittlung des richtigen Datums gelten, sondern nimmt — abweichend von der zuletzt zitierten Entscheidung — nur dann Gültigkeit des versehentlich unrichtigen Testaments an, wenn aus dem Protokoll das Datum richtiggestellt werden kann.

Einen Schritt weiter geht RG. Bd. 81, S. 95 ff.: Der Tatbestand war folgender:

Das Protokoll gab ein unrichtiges Datum an, während die amtliche Aufschrift des Umschlags, in dem das Protokoll zur amtlichen Verwahrung gebracht war, das richtige Datum enthielt. Hier ergibt sich aus dem Protokoll keine Klarheit über die Richtigkeit des Datums. Der 4. Senat erkennt aber an, daß Zweifel über das richtige Datum nicht nur aus dem Protokoll selber, wie in der Entscheidung JW. 1911, sondern auch aus unmittelbar mit der Protokollierung zusammenhängenden und dem Gesetz entsprechenden Vorgängen klargestellt werden können; also kann auch die Aufschrift zur Korrektur des Protokolls verwertet werden.

Dieser Entscheidung schließt sich RG. Bd. 84, S. 163 ff. mit derselben Begründung an.

In RG. JW. 1917, S. 926 Nr. 3 verneint das RG. die Gültigkeit eines Testaments. In dem Falle war nicht ein unrichtiges Datum, sondern als Zeitangabe lediglich das Wort „heute" angegeben. Die im Protokoll wiedergegebene Aufschrift enthielt das richtige Datum. Das RG. läßt eine Ergänzung aus der Aufschrift nicht zu, da, wenn das Protokoll überhaupt keine Zeitangabe enthält, keine anderen Mittel zur Feststellung des Tages verwandt werden können.

Nach § 2078, II BGB. kann eine Willenserklärung angefochten werden, wenn der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands bestimmt worden ist. Meinungsverschiedenheiten bestehen in der Rechtsprechung darüber, ob der Erblasser einen bestimmten Glauben oder eine bestimmte Erwartung darüber gehabt haben muß, daß dieser Umstand eintritt oder nicht. RG. Bd. 77, S. 166 ff. nahm

an: Die Anfechtung wegen irriger Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts künftiger Umstände setze nicht voraus, daß der Erblasser darüber positive und deutliche Vorstellungen gehabt habe. Die Eheleute errichteten ein Testament, worin sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und bestimmten, daß nach dem Tode des Ueberlebenden der Nachlaß an die beiderseitigen Verwandten fallen soll. Die Ehefrau stirbt und der Ehemann nahm seinen unehelichen Sohn als Alleinerben an; er widerrief die im Testament gemachten letztwilligen Verfügungen. Die Verwandten der Frau fechten das Testament an. Das RG. gibt der Anfechtung statt. Wenn auch der Erblasser sich keine Vorstellung über den Eintritt dieses Umstandes gemacht habe, so bestehe doch ein Kausalzusammenhang zwischen dem Nichtbedenken und dem Inhalt der letztwilligen Verfügung. Hätte der Erblasser über diesen Punkt nachgedacht, so würde er das Testament anders errichtet haben. Hier sei der Irrtum gerade dadurch hervorgerufen, daß der Erblasser nicht über diese Umstände nachgedacht habe.

RG. Bd. 86, S. 266 gibt diese Ansicht auf und verlangt, daß der Erblasser den Eintritt des Umstands positiv erwartet hat. Die Ehegatten hatten ein gegenseitiges Testament gemacht, worin sie sich und ihre Kinder zu Erben einsetzten. Der Ehemann stirbt und die Ehefrau wird später entmündigt. Die Kläger wollen das Testament anfechten, weil die Beklagte als Witwe einen durchaus anstößigen Lebenswandel geführt habe. Entgegen der Berufungsinstanz, die sich auf die früher angeführte Entscheidung stützt, führt das RG. aus: Zur Anwendung des § 2078, II sei unbedingt erforderlich, daß der Erblasser eine positive Vorstellung gehabt habe. Die Entscheidung widerspräche dem Wortlaut des Gesetzes. Der Erblasser muß den Eintritt oder Nichteintritt positiv erwartet haben, wodurch er zu einer letztwilligen Verfügung bestimmt wird. Und die Annahme des Eintritts oder Nichteintritts muß sich später als irrig erweisen.

Wird der Wechsel durch Fälschung der Wechselsumme in einen höheren Betrag ungültig oder bleibt der Wechselschuldner wenigstens auf die ursprünglich vorhandene Wechselsumme verhaftet? In dieser Frage haben das ROHG. und das RG. verschiedene Ansichten geäußert.

Dem ROHG. lag in Bd. 23, S. 340 ein Fall zur Entscheidung vor, in dem der Wechsel dadurch gefälscht war, daß der ursprünglichen Wechselsumme von 3000 in der Schrift eine „Null“, im Text ein „zig“ hinzugefügt wurde. Das ROHG. steht auf dem Standpunkt, der ganze Wechsel sei ungültig, da durch die Fälschung die individuelle Bestimmtheit, die Voraussetzung für die Gültigkeit sei, verloren gegangen wäre. Das Berufungsgericht hatte sich der erstinstanzlichen Verurteilung angeschlossen, da der Beklagte zwar die durch die Fälschung entstandene Ungültigkeit eingewendet, aber doch zugestanden habe, daß der Wechsel, auf „3000“ lautend, ausgestellt und giriert war. Das RG. führt dagegen aus, daß der auf 3000 Mk. aus-

gestellte Wechsel nicht mehr existiere, da die Wechselsumme „30000“ lautet. Wenn auch die Wechselsumme von 30000 die Summe von 3000 begrifflich in sich enthalte, so werde doch die Existenz eines Wechsels durch die Summe bestimmt, die ihr beigefügt ist. Da die Summe aber jetzt 30000 lautete, könne von einem Wechsel über 3000 Mk. nicht mehr die Rede sein. „Wird also die Zahl 3000 durch 30000 ersetzt, so ist die ursprüngliche Obligation verschwunden und eine neue entstanden, nicht bloß betreffs der Ueberschrift, denn der Ausdruck 3000 ist nicht mehr vorhanden, wenn er auch arithmetisch in 30000 enthalten ist. Keinen Unterschied bedeutet, ob die Zahl durchgestrichen oder überschrieben ist.“

In dem Fall, in dem das RG. Bd. 54, S. 386 den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, hatte die im Wechsel angegebene Summe 750 betragen und der Aussteller hatte vor den Wechsel die Zahl 3000 geschrieben. Das RG. hält diesen Fall für abweichend von dem vorhergehenden; dem kann ich nicht zustimmen. Es besteht jedenfalls eine fälschliche Veränderung des Kontextes, ob nun die Summe in ihrem Zahlenwert verändert oder wie hier, durch Voranschreiben eines Buchstabens, einen anderen Betrag angibt. Das RG. nimmt an, daß man die formellen Erfordernisse der Gültigkeit eines Wechsels nicht überspannen dürfe. Durch die Fälschung werde die Wechselobligation weder in ihrem äußeren, noch in ihrem inneren Bestande beeinträchtigt. Die WO. enthalte keine Bestimmungen über die Rechtsfolgen, die eintreten bei Fälschung von Wechseln. Aber die Tendenz der §§ 75/76 GO. ginge dahin, die Gültigkeit von Wechseln nach Möglichkeit anzuerkennen. Jedenfalls ist in den Fällen, in denen „die fälschende Veränderung den Text nicht affiziert, sondern ihn dergestalt unberührt läßt, daß seine volle Integrität erhalten bleibt und nach Entfernung wieder erkennbar wird“ nicht Ungültigkeit der Wechselobligation anzunehmen.

Das RG. leitet bei Verletzung des Eigentums durch Immissionen einen Schadensersatzanspruch ohne Verschulden ab, indem es aus § 904 BGB. und § 26 GO. den allgemeinen Rechtsgedanken entnimmt, daß, wenn auf Grund einer „Sonderrechtsnorm“ (z. B. bei Eisenbahnanlagen oder im Interesse der nationalen Verteidigung) dem Eigentümer der Anspruch auf Beseitigung entzogen ist, ihm ohne Nachweis eines Verschuldens ein Schadensersatzanspruch zustehen müsse. Dabei betrachtet das RG. den § 26 GO. nicht als Sonderrechtsnorm. In diesen Fällen läßt das RG. einen Schadensersatzanspruch ohne Verschulden auch für die Vergangenheit zu; es macht keinen Unterschied, ob die Schäden vor oder nach Klageerhebung entstanden sind[1]). Auf diese Entscheidungen näher einzugehen, fällt nicht in den Rahmen der Arbeit, weil es sich hier nicht um schwankende, sondern um konstante Rechtsprechung handelt. Das RG. billigt auch in ständiger Rechtsprechung einen Ersatzanspruch ohne Ver-

[1]) RG. Bd. 59, S. 74; RG. Bd. 63, S. 376; Bd. 70, S. 152; Bd. 97, S. 291; Bd. 98, S. 348; Bd. 101, S. 102.

schuldensnachweis für den durch den Betrieb der Kleinbahn entstandenen Schaden zu[1]). Zur Begründung führt das RG. an, daß die bedrohten Eigentümer weder auf Beseitigung der Anlagen noch auf Herstellung von Schutzeinrichtungen klagen konnten. Da die Anlieger die Beeinträchtigungen ihrer Grundstücke dulden müßten, so wäre es unbillig, ihnen einen Schadensersatzanspruch nur dann zuzubilligen, wenn die Eisenbahnverwaltung ein Verschulden träfe. Als Ersatz für die Entziehung des Rechts, Eingriffe in das Eigentum abzuwehren, müsse ihnen eine Schadensersatzklage ohne Rücksicht auf Verschulden gewährt werden.

In den folgenden Entscheidungen handelt es sich um nach § 16 GO. konzessionierte Betriebe. Nach § 26 GO. können die bedrohten Eigentümer nicht auf Einstellung des Betriebes klagen, sondern nur auf Herstellung von Schutzmaßnahmen, die die benachteiligenden Einwirkungen ausschließen; die bedrohten Anlieger können nur dann auf Schadloshaltung klagen, wenn die Herstellung entsprechender Anlagen untunlich und mit einem gehörigen Gewerbebetrieb nicht vereinbar ist. Sofern der Beklagte der Meinung ist, daß nur die zweite Alternative des § 26 GO. — Schadloshaltung — zutrifft, obliegt ihm der Nachweis, daß die Herstellung von Einrichtungen untunlich ist. Das RG. nimmt an, daß die bedrohten Eigentümer, z. B. bei erheblichen Immissionen, die von gewerblich konzessionierten Unternehmungen ausgehen, für die Schäden, die nach Klageerhebung entstanden sind, ohne Rücksicht auf Verschulden einen Ersatzanspruch geltend machen können[2]), weil diese Klage als Ersatz für die Klage auf Betriebseinstellung vom Gesetzgeber gegeben wird; aber für alle vor der Klageerhebung begründeten Schäden kommen die allgemeinen Bestimmungen in Betracht, ein Ersatzanspruch ist gemäß § 823 nur bei Verschulden möglich. Zur Begründung betont das RG., daß die Klage nicht auf Erstattung von Schäden gerichtet sein kann, die auch mit der Einstellungsklage nicht mehr verhindert worden wären, weil die Schäden schon vor Erhebung der Klage entstanden waren.

In RG. Bd. 47, S. 98ff. hatte ein nach § 16 GO. mit obrigkeitlicher Genehmigung betriebener Gewerbebetrieb Schaden zugefügt. Es war zu prüfen, ob die Klage auf Ersatz des Schadens nach § 26 GO. an die Voraussetzung des Verschuldens geknüpft war. Das RG. lehnt dies ab, ohne darauf einzugehen, ob Schäden geltend gemacht wurden, die vor der Klageerhebung entstanden waren. Während das Berufungsgericht angenommen hatte, daß nur bei Vorliegen eines Verschuldens der Anspruch geltend gemacht werden könnte, nimmt das RG. an, daß es nicht den Absichten des Gesetzgebers entsprechen könnte, dem Eigentümer ohne Entschädigung das Eigentum zu entziehen; ferner deutet das Wort „Schadloshaltung" in § 26 GO. eher auf eine Entschädigung kraft Gesetzes als auf Grund eines

[1]) RG. Bd. 17, S. 104; Bd. 31, S. 285; Bd. 58, S. 130; Bd. 97, S. 290; Bd. 98, S. 347 —.
[2]) Landmann, Komm. z. GO. 1928, § 26 GO.$_5$. —

Delikts hin. Da die Herstellung von Einrichtungen untunlich ist, kann insoweit jedenfalls Schadensersatz gefordert werden.

In RG. JW. 1905, S. 503 verlangt die Klägerin Schadensersatz, weil das unreinliche Wasser der Beklagten auf ihre Wiese gelangt sei und dort Schaden angerichtet habe. Das RG. weist die Klage ab. Wie RG. Bd. 47, S. 99 hervorhebt, ist die Schadensersatzklage gegen einen Fabrikbetrieb, die an Stelle der Klage auf Einstellung des Betriebs gewährt wird, nicht an die Voraussetzung des Verschuldens geknüpft; aber für die Zeit vor der Klageerhebung kommen die allgemeinen Bestimmungen der unerlaubten Handlung in Frage. Denn durch die Klage hätten die Schäden auch nicht mehr beseitigt werden können. Auch läßt sich nicht der Satz aufstellen, daß, wenn es dem Fabrikanten nicht möglich ist, den Fabrikbetrieb unschädlich einzurichten, ihn immer ein Verschulden träfe und er deshalb haften müsse.

RG. JW. 1906, S. 555 gibt zu, daß es zu Unbilligkeiten führen könnte, wenn vor Erhebung der Klage unbedingt Verschulden erfordert würde, da die Anstellung der Klage durch den Eintritt des Schadens überholt werden kann; hält aber doch grundsätzlich daran fest. Jedenfalls hänge es nicht mit den die Vorbeugung des Schadens erschwerenden Umständen des § 26 GO. zusammen.

In dem vorliegenden Falle wäre aber die Unterlassungsklage überhaupt nicht begründet gewesen, da die Voraussetzungen dafür fehlten. Selbst wenn die Störungsklage zulässig gewesen sein sollte, so hätte sie doch keinen Zweck gehabt, da sie nur darauf gerichtet sein konnte, daß die Beklagte Einrichtungen treffe, die solche Störungen auszuschließen geeignet seien. Das RG. lehnt eine Gefährdungshaftung für Gasanlagen grundsätzlich ab; bei dem ordentlichen Betrieb einer Gasanstalt kämen keine Beschädigungen vor, außer bei Eintritt von Zufällen, gegen die aber keine Anlage sicher sei.

RG. Warneyer 1915, S. 141 unterscheidet nicht Schäden, die vor Eintritt oder nach Erhebung der Klage entstanden sind, sondern billigt einen Ersatzanspruch für den gegenwärtigen Schaden zu; der gegenwärtige Schaden besteht in dem Minderwert, den das Grundstück durch die beschädigenden Einwirkungen erlitten hat.

In LZ. 1921, S. 378 kommt das RG. zu dem Ergebnis, daß auch bei Schäden, die nach Erhebung der Klage entstanden sind, von dem Erfordernis des Verschuldens nicht abgesehen werden darf, wenn die Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen, mit dem gehörigen Betriebe eines Gewerbes vereinbar sind. Denn § 26 GO. gewähre bei obrigkeitlich genehmigten Anlagen nur dann eine Schadensersatzklage, ohne den Nachweis eines Verschuldens, wenn die Herstellung von Einrichtungen, die die benachteiligenden Wirkungen ausschließen, untunlich ist.

RG. Bd. 105, S. 213ff. stellt fest, daß Ersatz für Schäden, die vor der gerichtlichen Geltendmachung liegen, nur unter der Voraussetzung subjektiver Verschuldung geleistet werden.

RG. Bd. 104, S. 81 weicht von den vorher zitierten Erkenntnissen ab. Zwar konnte der Kläger in den vorhergehenden Entscheidungen einen Anspruch nur mit Hilfe von § 906 BGB., der ihm die Störungsklage entzieht, geltend machen, und für den Fall lehnt das RG. einen Schadensersatzanspruch ohne Verschulden für die Vergangenheit auch jetzt noch ab, wie in RG. Bd. 105, S. 213 ausdrücklich betont wird; aber das RG. verläßt den Standpunkt, daß in den Fällen, in denen § 26 GO. unmittelbar angewandt wird, ein Schadensersatzanspruch ohne Nachweis des Verschuldens des Beklagten immer nur für die Zukunft gefordert werden kann. In einer nach § 16 GO. konzessionierten Anlage, die sich mit Zerlegung von Munition befaßte, war eine Explosion erfolgt. Der Kläger hatte einen Anspruch aus 907 gehabt, der ihm aber durch § 26 GO. entzogen war. Der Schaden hätte nicht entstehen können, wenn der Kläger nach § 907 hätte vorgehen können. Statt dessen gewähre das Gesetz den Schadloshaltungsanspruch des § 26 GO. ohne Verschulden. Es wäre in diesem Falle offensichtlich unbillig, den vor Erhebung der Klage liegenden Schaden des Klägers nicht mit zu berücksichtigen, da ihm jede Möglichkeit entzogen war, vor der Explosion zu klagen, wenngleich der 5. Senat auf dem Standpunkt stände, daß für den Schaden, der vor Erhebung der Klage geltend gemacht werde, Verschulden nötig sei, da der Schaden — weil in der Vergangenheit liegend — auch mit der Einstellungsklage nicht hätte verhindert werden können.

Auch in RG. Bd. 101, S. 102 ff. bejaht das RG. einen Schadensersatzanspruch für die Zeit vor der Klageerhebung, aber mit anderer Begründung. Der Beklagte hatte auf seinem Grundstück während des Krieges eine Sprengstoffabrik betrieben und durch eine Explosion war den Nachbargrundstücken schwerer Schaden zugefügt worden. Dem Kläger war der Anspruch, den er aus 907 geltend machen konnte, durch § 26 GO. entzogen. Das Berufungsgericht führt aus, daß bei unmittelbarer Anwendung des § 26 GO. der Kläger mit seiner Klage nicht durchdringen konnte, da er nur Schadensersatz für die Zukunft verlangen könnte. Es könne nur geholfen werden durch Anerkennung des aus § 904 BGB. und § 26 GO. hergeleiteten allgemeinen Rechtssatzes, daß überall da Schadensersatz ohne Verschulden gefordert werden könnte, wo dem Eigentümer die nach den Grundsätzen des ordentlichen Rechts zustehende Befugnis entzogen sei. Da für die Kriegszwecke der ungehinderte Fortgang der Fabrikation notwendig gewesen ist, sind die Eigentümer aus Gründen des öffentlichen Wohls nicht in der Lage gewesen, sich gegen die drohenden Gefahren mit den an sich gegebenen Rechtsbehelfen zu schützen. Also muß ihnen ein Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht auf Verschulden gewährt werden.

II. Teil.

Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts.

Bevor wir uns der Frage zuwenden können, was für Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts zu ziehen sind, müssen wir zunächst prüfen, welche Voraussetzungen überhaupt zur Bildung von Gewohnheitsrecht erforderlich sind. Es sei gestattet, auf die drei wichtigsten Theorien, die sich mit der Frage der Bildung vom Gewohnheitsrecht befassen, näher einzugehen; eine erschöpfende Darstellung aller Meinungen, die vertreten werden, zu geben, fällt nicht in den Rahmen der Arbeit.

Betrachten wir zunächst die Gestattungstheorie. Ihr Hauptvertreter ist Rümelin. Die naturrechtliche Schule sah den Grund für die Geltung des Gewohnheitsrechts in der Anerkennung seitens des Staates[1]); sie sprach der Rechtsgewohnheit den Charakter einer vom Gesetz unabhängigen Rechtsquelle ab und legt dem Gewohnheitsrecht nur dann eine verbindliche Kraft bei, wenn und soweit es im Gesetz anerkannt ist. Dieser Lehre folgt Rümelin, indem er den Standpunkt vertritt, daß das Gewohnheitsrecht, wie alles Recht, Erzeugnis des Staates ist und vom Staate gebilligt werden muß[2]). Diese Theorie ist m. A. nach unhaltbar. Es hat schon Gewohnheitsrecht gegeben, bevor ein Gesetzgeber existierte — ja, selbst eine verbreitete Theorie[3]) führt die Staatenbildung auf Gewohnheitsrecht zurück — und Gewohnheitsrecht entsteht auch heute noch, ohne daß ein Gesetzgeber von ihm erfährt; also ist die Anlehnung des Gewohnheitsrechts an den Staat völlig unbegründet. Die primitiven Völker hatten doch sicher Staaten und schufen sich allmählich im Laufe der Jahre bestimmte Rechtsnormen, nach denen sie sich richteten und die sie als bindend anerkannten, ohne daß ein Gesetzgeber sie sanktioniert hätte. Wenn alles Recht Erzeugnis des Staates sein soll, wie erklärt sich die Tatsache, daß Gewohnheitsrecht schon vor dem Gesetzesrecht vorhanden war und sich auch heute noch Normen mit verbindlicher Kraft ohne Sanktion des Gesetzgebers entwickeln? Rümelin[4]) weiß darauf nur zu antworten, daß das Gewohnheitsrecht sich stets faktisch durchgesetzt hat, indem sowohl in der Praxis als in der Wissenschaft die Sätze der Uebung tatsächlich befolgt werden. Das ist aber keine Erklärung für die Natur des Gewohnheitsrechts. Das BGB. verzichtet darauf, das Gewohnheitsrecht zu erwähnen, erkennt es also

[1]) Vergl. Sabilles S. 65.
[2]) S. 192.
[3]) Puchta I S. 209; Zitelmann Gew.-R. S. 457.
[4]) S. 163 u. 208.

nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift an. Eine stillschweigende Genehmigung seitens des Gesetzgebers kann aber nach der Theorie nur dann genügen, wenn aus den gesetzlichen Bestimmungen eine derartige Auslegung zu entnehmen ist[1]). Das BGB. besteht aber nicht auf diesem Standpunkt[2]). Aus dem bloßen Schweigen des Gesetzes ist nicht darauf zu schließen, daß es der Wille der gesetzgebenden Faktoren ist, daß die gesetzlichen Bestimmungen durch Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt werden können. Zitelmann[3]) führt aus, daß es Rechtsperioden gegeben hat, in denen das Gewohnheitsrecht ohne Sanktion des Gesetzgebers in voller Blüte gestanden hat. Ist da etwa das Gewohnheitsrecht stillschweigend vom Staate doch anerkannt worden? Zum wenigsten müsste der Beweis geführt werden, daß eine stillschweigende Einwilligung des Staates vorliegt; aber der Beweis dieser stillschweigenden Einwilligung wird von den Vertretern dieser Theorie noch nicht einmal verlangt[4]). Auch hat der Staat keine Kenntnis von den Vorschriften, die er stillschweigend genehmigen soll. Rümelin behauptet, das wichtigste Problem in der Lehre des Gewohnheitsrechts sei die Lehre vom Grunde[5]), aus dem die Menschen verpflichtet seien, das Gewohnheitsrecht zu befolgen. Und in der Entwicklung dieser Gründe kommt er zu sehr scharfsinnigen Folgerungen[6]), die aber nicht die Entstehung des Gewohnheitsrechtes erklären. Denn die Frage nach dem Grunde der Verpflichtung behandelt das allgemeine rechtsphilosophische Problem, weshalb Recht überhaupt gilt; bei der Lehre von der Bildung des Gewohnheitsrechts braucht nicht erörtert zu werden, weshalb Recht gilt, sondern die Schwierigkeit besteht darin, darzulegen, wie Gewohnheitsrecht sich bildet.

Zitelmann[7]) erkennt, daß man das Wesen des Gewohnheitsrechts nicht ergründen kann, wenn man die Frage nach dem Grunde der Verbindlichkeit zum Mittelpunkt der Untersuchung macht; nur dann kann man dem Gewohnheitsrecht gerecht werden, wenn man die Erfordernisse der Entstehung des Gewohnheitsrechts zu erforschen sucht. Aber auch er kommt zu Resultaten, die die Natur des Gewohnheitsrechts nicht klarlegen. Er geht von der psychologischen Beobachtung aus[8]), daß der stärkste Trieb für die Uebung eines Satzes das Bewußtsein ist, daß in gleichen Fällen schon früher immer so gehandelt wurde und daß in späteren Fällen wieder so gehandelt wird. Es ist die dauernde Macht der Tatsachen[9]), die aus dem Begriff des Tatsächlichen den Begriff des Rechtlichen schafft.

Zitelmann beschäftigt sich nur mit den Vorgängen, die man bei dem Gewohnheitsrecht äußerlich erkennen kann, geht aber gar-

[1]) Osthelder, Recht 1900, S. 33. —
[2]) RG. R. Allg. Teil, Anm. 2, S. 10.
[3]) Zitelmann, Ziv. Pr., Bd. 66, S. 363.
[4]) Bierling, S. 25.
[5]) S. 167.
[6]) S. 192.
[7]) Gew. R.
[8]) Gew. R. S. 459 ff.
[9]) S. 464.

nicht auf die inneren Momente ein, die zur Bildung des Gewohnheitsrechts führen. Auch die Normen der Sitte befolgt man aus dem Bewußtsein heraus, daß man so handelt und doch ist man sich bewußt, daß man nicht so handeln muß, wie man handelt, daß man jeden Augenblick anders handeln kann. Das äußere Verhalten ist ein gleiches, wenn jemand etwas tut, weil er es für anständig, zweckmäßig oder rechtlich notwendig hält. An anderer Stelle fordert Zitelmann für jeden Uebungsakt die Ueberzeugung des Uebenden[1]), dem geltenden Recht gemäß zu handeln. Aber diese Ueberzeugung ist für seine Theorie nicht maßgebend; denn um die Vorstellung zu erwecken, daß ein Rechtssatz gelte, ist nur die Feststellung erforderlich[2]), daß der Mensch, nachdem er beobachtet hat, daß ein Rechtssatz eine Zeitlang geübt wird, erwartet, daß dieses tatsächliche Herrschen noch weiter anhält. Diese Theorie führt nicht zu einer befriedigenden Lösung. Zitelmann führt nicht aus, wie aus der einmaligen Uebung der Gewohnheitsrechtssatz sich bildet; aus welchen Gründen der Beobachter erwarten kann, daß der Satz noch längere Zeit angewendet werden kann. Aus welchen Motiven jemand eine Regel befolgt und glaubt, daß die Regel noch längere Zeit ihre Gültigkeit behält, ist äußerlich nicht erkennbar.

Eine andere Theorie sucht allein aus der Rechtsüberzeugung den Begriff des Gewohnheitsrechts herzuleiten. Puchta[3]) lehrt, daß, um die Frage nach der Natur des Gewohnheitsrechts zu untersuchen, man auf den Ursprung allen Rechts zurückgehen muß. Das Recht beruht nach seiner Ansicht auf einer gemeinsamen Ueberzeugung aller Menschen. „Die erste der Rechtsquellen ist das Volk, näher also die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung, wie sie durch das Wesen des Volkes unmittelbar gegeben ist.“ Das Recht entsteht also unmittelbar aus Handlungen des Volkes. Diese sind nur scheinbar Handlungen des Volkes, in Wirklichkeit aber Handlungen der einzelnen Mitglieder desselben, da sie aus der gemeinsamen Ueberzeugung, dem Volksgeist, entspringen. Derselbe Gedanke findet sich bei Savigny[4]), indem er ausführt, daß das positive Recht seinen Ursprung hat in dem „gemeinsamen Bewußtsein des Volkes, in dem in allen einzelnen gemeinschaftlich lebenden und wirkenden Volksgeist“. Die Uebung ist nur Erkenntnisquelle des Gewohnheitsrechts[5]), nicht Erfordernis zur Entstehung des Gewohnheitsrechts.

Diese Theorie wird der Natur des Gewohnheitsrechts auch nicht gerecht. Gegen den Begriff der Gesamtüberzeugung nimmt schon Zitelmann mit Recht Stellung[6]): „Klare, scharfe Begriffe und eine realistische Betrachtungsweise tun indessen in jeder juristischen Lehre not, die verwandt werden kann. In der Bildung des Begriffs „Gesamtüberzeugung“ im Sinne einer selbständigen von der Summe

[1]) S. 445.
[2]) E. S. 455, 459, 463, 464.
[3]) Puchta I, S. 144.
[4]) Savigny, S. 14.
[5]) Puchta II, S. 5 ff.
[6]) Zitelmann, Arch. f. d. ziv. Praxis, S. 420.

der Ueberzeugungen aller einzelnen verschiedenen und doch wirklichen Ueberzeugungen liegt eine durchaus unzulässige Uebertragung eines aus der Erfahrung gewonnenen Begriffs auf ein fremdes Gebiet. Wo ist das Gehirn, das Träger der Gesamtüberzeugung ist? Niemals sind solche Volksvorstellungen einheitlich vorhandene Vorstellungen eines einheitlich seelischen Subjekts". Der Begriff des Volksgeists ist wohl in der Sage und in der Moral vorhanden, niemals aber für die Rechtswissenschaft zu gebrauchen, die mit dem praktischen Leben zu tun hat. Jemehr die Theorien sich von den praktischen Bedürfnissen des Lebens entfernen, desto unbrauchbarer sind sie. Außerdem ist nicht gesagt, daß sich das Gewohnheitsrecht nur innerhalb eines Volkes bilden kann; auch die katholische Kirche hat Gewohnheitsrecht geschaffen[1]), obwohl ihr die verschiedensten Völker angehören. Ferner ist scharf zu kritisieren, daß aus dem Volksgeist ein Rechtssatz fertig hervorgehen könnte, ohne daß er mehrmals geübt wird. Der Satz kann nur durch Anwendung[2]) einen bestimmten Inhalt bekommen und dadurch seine Brauchbarkeit erproben. Die Rechtsüberzeugung ist als inneres Moment zur Bildung von Gewohnheitsrecht auf jeden Fall nicht genügend. Wie erklärt sich diese Theorie die Rezeption des römischen Rechts? Die Rezeption ist im Widerspruch zum Volke durchgeführt worden und erst mit der Zeit, als sie schon sehr lange in Uebung war, ist sie in die Ueberzeugung des Volkes eingedrungen. Diese Theorie gibt noch weniger wie die Uebungstheorie von Zitelmann Aufschluß über die Frage, wie Gewohnheitsrecht entsteht. Die Sätze des Gewohnheitsrechts müssen sich erst allmählich durchsetzen, niemals gelten die einmaligen Aussprüche schon als abstrakte Rechtssätze.

Auch die von Gierke[3]) aufgestellte Theorie, die die Rechtsüberzeugung und die Uebung als Erfordernisse des Gewohnheitsrechts bezeichnet, kann nicht befriedigen. Wenn auch Gierke den vollkommen mystischen Begriff des Volksgeistes ablehnt, und von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, der sog. Gemeinüberzeugung[4]) redet — ein Begriff, der dem praktischen Leben näher steht und wohl kaum zu beanstanden ist —, so ist die Theorie doch in sofern nicht zu billigen, weil sie nicht auf die Frage eingeht, wie sich denn der Uebergang von einem Satze, der bloß geübt wird, zum Gewohnheitsrechtssatz vollzieht.

Enneccerus[5]) fordert zur Entstehung von Gewohnheitsrecht, daß das Gewohnheitsrecht auf dem Willen der Gemeinschaft beruht, und längere Zeit geübt wird. Die Uebungsakte müssen nach ihm auf „dem Rechtswillen beruhen[6]), d. h. auf dem Willen, eine bindende Regel zu verwirklichen. Der Rechtswille ist der richtige Kern dessen, was man gewöhnlich als opinio necessitatis bezeichnet". Aber

[1]) Reylsberger S. 83, Adiches S. 41.
[2]) Windscheid, S. 65 Note 2, Enneccerus §§ 35 2b.
[3]) Deutsch. Privatr., S. 164.
[4]) D. P. R. S. 166.
[5]) § 35 (im Anfang).
[6]) § 36 I_4.

auf die Frage, die m. A. nach das Hauptproblem bildet, und die keine der vorhergehenden Theorien behandelt und zu lösen versucht, fehlt die Antwort, wie denn die Uebenden zu der Ueberzeugung kommen, daß das, was sie üben, Recht sei[1]).

Jung behandelt in seinem Buch „Das privatrechtliche Wesen des Geldes" in dem Abschnitt: „Die Neubildung von sog. Gewohnheitsrecht im Herrschaftsgebiet des BGB." und in seiner Studie (demnächst erscheinend in der Festgabe für das RG., nach den Fahnenabzügen): „Das sog. Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre" dieses Problem und kommt zu einer befriedigenden Lösung. Er stellt zunächst fest[2]), daß wesentlich zur Aufklärung der Natur des Gewohnheitsrechts die reichsgerichtliche Rechtsprechung nach 1900 beigetragen hat. Durch das Kodifikationsprinzip war alles frühere Gewohnheitsrecht beseitigt, und das BGB. konnte nicht alle Rechtsbescheide hergeben. Nötig waren Rechtsergänzungen des positiven Rechts, die durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung vor sich gingen. Daraus entwickelte sich mit der Zeit Gewohnheitsrecht. Zwar lehnen die Motive[3]) ab, daß die Praxis des Gerichts Gewohnheitsrechtssätze bilden kann, wohl wegen der ursprünglich anders geplanten Fassung des § 2 GVG.: „Gewohnheitsrecht gilt nur in soweit, als das Gesetz auf es verweist"; aber schon die Protokolle[4]) weisen mit Recht darauf hin, daß durch die einheitliche Rechtsprechung des RG. Gewohnheitsrecht entstehen wird, weil der Richter das Recht weiterbilden muß; die Rechtslehre steht heute allgemein auf diesem Standpunkt[5]). Aus der Rechtsprechung des RG. kann man am besten die Natur des Gewohnheitsrechts erkennen, besonders das Hauptproblem, wie sich aus der einmaligen Anwendung eines Rechtssatzes Recht bildet; wie sich die Ueberzeugung der Uebenden, Recht zu schaffen, vollzieht. Jungs Ansicht über die Entstehung des Gewohnheitsrechts kann man dahin zusammenfassen: Das Spruchrecht ist dann zum Gewohnheitsrecht geworden, wenn der neue Rechtssatz derart im Verkehr bekannt ist und derart oft geübt ist, daß in einem auftretenden neuen Fall das unvermittelte Abweichen von der Entscheidung als materielle Rechtskränkung des Gegenüber erscheint, der sich auf die Entscheidungen verließ.

Betrachten wir, um uns klar zu machen, wie sich aus dem Spruchrecht Gesetzesrecht bildet, die Lehre von der culpa in contrahendo. In den älteren Entscheidungen lehnt das RG. eine Haftung für culpa in contrahendo mit der Begründung ab, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage, dem Anspruch stattzugeben, vgl. z. B. RG. JW. 1908, S. 657. Das RG. steht auf dem Standpunkt, das positive Recht regelte alle Fälle, in denen eine Haftung des Schuldners stattfindet, ausschließlich; enthielte das BGB. keine gesetzliche Bestimmung, so könnte keine Haftung stattfinden. Dann kommt der Um-

[1]) Jung, S. 38 — Privatrechtliches Wesen.
[2]) Jung, S. 38 ff.
[3]) Mot. Bd. 1, S. 7.
[4]) Prot. Bd. 6, S. 362.
[5]) Windscheid, I §§ 16; Reylsberger §§ 20 I 3, Enneccerus §§ 39 II.

schwung. Der Beklagte macht geltend, wenn auch der Fall nicht positiv im Gesetz geregelt ist, so erfordert es doch die Billigkeit, daß ich recht behalte; denn geradeso, wie der Schuldner für Verschulden nach Vertragsschluß bei Verschlechterung haften muß, ebenso gerechtfertigt ist es, wenn der Schuldner für Verschulden bei Vertragsschluß einzustehen hat. Der Einwand des Beklagten ist also — wie Jung[1]) ausführt — die „erste Durchbruchsstelle neuer Rechtsgedanken", der erste Ansatz zur Bildung von Gewohnheitsrecht. In dem Rechtsstreit stehen sich zwei Parteien gegenüber, die eine Partei beruft sich auf das Gesetz, worin der Fall nicht geregelt ist; aus dem Schweigen des Gesetzes ist Ablehnung des Anspruchs zu folgern[2]). Zwar lassen die meisten Schriftsteller[3]) einen sog. Analogieschluß zu, der keine Abweichung vom Gesetze enthalten soll; sie behaupten, daß das positive Recht dadurch nicht geändert, sondern nur ergänzt wird, indem der dem Gesetz entsprechende Rechtsgedanke angewandt wird. Dann bedeutet das Schweigen des Gesetzes nicht ohne weiteres Ablehnung des Anspruchs. Zitelmann[4]) spricht von echten und unechten Lücken des Gesetzes. Meiner Ansicht nach liegt immer eine Abweichung vom Gesetze vor, wenn die positive Regel fehlt. In der Entscheidung Bd. 61, S. 207 führt das RG. aus, daß das BGB. keine Bestimmungen kennt, in denen die Haftung für Erfüllungsgehilfen bei Vertragsschluß ausgesprochen ist. „Aus dem Fehlen der Vorschrift ergibt sich, daß der Gesetzgeber sie nicht treffen wollte, da er sie sonst ausdrücklich ausgesprochen haben würde". Die Ansicht des Gesetzgebers wird also nur unterstellt, es ist nicht bewiesen, daß der Gesetzgeber eine Haftung auch in gesetzlich nicht geregelten Fällen zulassen will. Die Partei, zu deren Nachteil entschieden wird, kann immer den Standpunkt vertreten, daß diese Auslegung garnicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, weil sie eine Abweichung von der Norm enthält.

Die andere Partei beruft sich auf das Rechtsgefühl[5]) — Jung[6]) bezeichnet das Rechtsgefühl als Rechtsgewissen, „weil dieser Ausdruck die Zusammenhänge mit dem Sittlichen schärfer hervorhebt" — das es als ungerecht bezeichnet, daß diesem Anspruch nicht stattgegeben wird. Nun steht der Richter vor der Entscheidung. Eine Entscheidung muß er fällen; non liquet gibt es nicht mehr im modernen Recht. Nach § 1 GVG. ist der Richter dem Gesetze unterworfen, hat also grundsätzlich nur das Gesetz anzuwenden. Wenn nun das Gesetz keine Antwort auf den zu entscheidenden Fall gibt, muß der Richter dann die Klage abweisen? Wie oben dargelegt, enthält das Schweigen des Gesetzes eine Verneinung des An-

[1]) Jung, a. a. O., S. 45.
[2]) Jung, a. a. O., S. 39.
[3]) z. B. Enneccerus § 53 sog. ergänzende Rechtsforderung; Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 9.
[4]) S. 25.
[5]) So: RG.
[6]) Jung, a. a. O., S. 39.

spruchs; billigt der Richter den Anspruch trotzdem zu, so weicht er vom Gesetze ab.

Leonhard[1]) verneint, daß der Richter rechtschöpferisch tätig werden darf. Dem ist nicht beizutreten. Der Richter hat zwar nach seinem freien Ermessen nach Maßgabe des Gesetzes zu urteilen; kommt er aber zum Ergebnis, daß für diesen Fall die Norm nicht zutreffend ist, so darf er von der gesetzlichen Norm abweichen, wenn die Abweichung von der Norm das kleinere Uebel ist gegenüber der Befolgung der Norm. Jung[2]) definiert so: „Von dem Augenblick ab, wo dieses Verhältnis sich umkehrt, wo gegenüber der Schwere der Verletzung, die die Befolgung der Tradition für die eine Seite bedeuten würde, die Abweichung von der bisherigen Uebung als die erträglichere Verletzung erscheint, von diesem Augenblick ab wird das überlieferte Recht durch das neu aus der Empfindung der konkreten Verletzung ermittelte Recht besiegt". Enneccerus[3]) macht gegen diese Ansicht geltend, daß dies auf eine freie Rechtsfindung hinauslaufe, da der Richter immer von der Norm abweichen könnte, wenn es ihm billig dünke. Das ist nicht richtig. Da der Richter in jedem Falle entscheiden muß, muß er in den Fällen, in denen das Gesetz nicht klar einer der beiden Parteien den Anspruch zubilligt, für den entscheiden, auf dessen Seite die Billigkeit ist. Darin liegt keine willkürliche Rechtsfindung, sondern nur die notwendige Entscheidung eines Streitfalles nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das RG. gibt dem Anspruch des Klägers nicht statt und läßt in RG. JW. 1912, S. 743 eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zum ersten Male gelten. Treu und Glauben und die Bedürfnisse des redlichen Geschäftsverkehrs erfordern es, daß dem Beklagten Recht gegeben wird. Der erste Schritt zur Neubildung von Recht geschieht also aus dem Gefühl heraus, daß es unbillig ist, hier dem Kläger, der sich auf das positive Recht stützt, zu willfahren und daß es ein Unrecht gegenüber dem Beklagten bedeutet, diesem nicht recht zu geben. Wird dieser Unbilligkeit durch eine Entscheidung des RG. entgegengetreten, so entsteht Spruchrecht. Wie entwickelt sich nun aus diesem Spruchrecht Gewohnheitsrecht? Die Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß wird zum zweiten Male aufgerollt. Die eine Partei beruft sich wiederum auf das Gesetz, in dem der Fall nicht geregelt ist; die andere Partei beruft sich auf das Rechtsgefühl und macht außerdem geltend, daß das RG. schon einmal in klarer Abweichung vom Gesetzestexte aus Gründen der Billigkeit eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß anerkannt hat. Die andere Partei erwartet also, daß sie in diesem Fall wiederum mit ihrer Klage, bzw. mit ihrem Einwand durchdringt, da es ein Unrecht ihr gegenüber bedeuten würde, ihrer Begründung nicht stattzugeben. Aus dieser Erwartung heraus, daß das Gericht nicht dem Formalismus

[1]) Leonhard, Lehrb. in kurzen Sätzen, S. 9.
[2]) Jung, Positives Recht, Festschr. f. d. Univ. Gießen, 1907, S. 513.
[3]) Enneccerus, § 54 II$_2$.

zum Siege verhilft, sondern dem Rechtsgefühl, dem es auch schon früher einmal in einer Entscheidung seinen Schutz verliehen hat, entwickelt sich allmählich aus dem Spruchrecht = Gesetzesrecht.

Jung führt aus,[1]) daß „die Entstehung einer begründeten Erwartung des Rechtsunterworfenen der Weg ist, aus dem das Spruchrecht zum Gewohnheitsrecht erwächst". Nun kann man natürlich nicht nach einer Entscheidung, die die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß annimmt, sagen, die andere Partei hat die begründete Erwartung, daß ihr Recht gegeben wird; auch kann man kein bestimmtes Zeitmaß darüber angeben, wann Gewohnheitsrecht entsteht. Der Codex iuris canonici[2]) fordert für die von ihm geordneten innerkirchlichen Verhältnisse der katholischen Kirche eine Dauer von 40 Jahren für die Entstehung von Gewohnheitsrecht. Die Glossatoren[3]) wollten die Verjährungsvorschriften anwenden. Thöl[4]) nahm an, daß schon ein einziges Urteil einen Rechtssatz begründe, von dem nur, falls das Urteil nachweislich falsch war, abgewichen werden durfte, wenn man auch den reichsgerichtlichen Entscheidungen eine große Bedeutung beimessen kann, so würde dies doch zu weit führen. Die Entscheidungen müssen erst mehrmals ergangen sein und allmählich Anerkennung finden, bevor man von einem Gewohnheitsrechtssatze sprechen kann. Es läßt sich aber auch nicht zahlenmäßig feststellen, wie viel Uebungsakte zur Bildung von Gewohnheitsrecht vorliegen müssen[5]), wieviel Entscheidungen das RG. in der Rechtsfrage gefällt haben muß. Erst wenn das RG. in wiederholten Entscheidungen eine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß anerkannt hat, kann man davon reden, daß die Erwartung der Partei begründet ist, die sich auf die Billigkeit stützt und daß es eine sachliche Verletzung ihr gegenüber bedeuten würde, wenn anders entschieden würde. Wenn die Parteien nun mit Bestimmtheit, wie es heute bei der culpa in contrahendo bei nachherigem gültigem Vertragsschluß der Fall ist, erwarten können, daß diese Entscheidung befolgt wird, so entwickelt sich aus dem Spruchrecht Gewohnheitsrecht. Das RG. spricht dann meistens von „einer wiederholt vertretenen Auffassung, an der dann festzuhalten ist"[6]). So führt z. B. das RG. bei der kumulativen Schuldübernahme aus, daß daran festzuhalten ist, daß die Formvorschrift des § 766 BGB. keine Anwendung findet; cf. RG. JW. 1908, S. 31,6. Die Redensart, „diese Rechtsgrundsätze stehen in der Rechtsprechung des RG. fest", findet sich bei vielen neueren Rechtsschöpfungen des RG., so bei der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß[7]), bei der Einrede der allgemeinen Arglist[8]), bei der positiven Vertragsverletzung[9]). Wenn auch eine Entscheidung noch nicht die begrün-

[1]) Jung, a. a. O., S. 45.
[2]) Codex iuris canonici, Pii X (can. 27).
[3]) Enneccerus, Allg. Teil 36 I 1₁.
[4]) Hub. ind. Deutsch. Pr. R. § 54.
[5]) Enneccerus § 36 I₂.
[6]) Jung, a. a. O., S. 44.
[7]) RG. 114 S. 159.
[8]) RG. Bd. 107, S. 363.
[9]) RG. 106, S. 25.

dete Erwartung erzeugen kann, daß in künftigen Fällen ebenso entschieden wird, so ist aber doch immerhin der einzelnen Entscheidung des RG. ein großes Gewicht beizulegen, das die Erwartung der Seite, die sich auf die ergangene Entscheidung stützt, als die begründetere erscheinen läßt[1]). Zur näheren Erörterung dieser Frage diene ein Beispiel, das Jung anführt[2]): Das RG. hatte in einer Entscheidung in Bd. 61, S. 355 angenommen, daß die Eintragung einer Hypothek für die künftige Nachkommenschaft zulässig sei, ein Erkenntnis, das sicher nicht aus dem Buchstaben des Gesetzes zu folgern ist. Das Amtsgericht, sowie das Landgericht hatten in einem neu auftretenden Rechtsfalle über diese Frage die Eintragung der Hypothek für die Nachkommen abgelehnt, und die Antragsteller hatten daraufhin ihren Antrag geändert, indem sie die Minderjährige als Vorerbin, die zukünftige Deszendenz als Nacherben eingetragen haben wollten. Als dann die in Bd. 61, S. 355 ergangene Entscheidung bekannt wurde, zogen die Antragsteller ihren Antrag wieder zurück und beantragten Eintragung einer Hypothek für die zukünftige Nachkommenschaft. Das RG. gab auf Beschwerde gemäß GO. ihrem Antrag statt gegen das OLG. Hamburg. Hier erwartete die Partei schon auf Grund einer Entscheidung, daß das RG. die Rechtsauffassung weiter vertreten würde. Eine Entscheidung, die in einer zweifelhaften Rechtsfrage ergangen ist, macht sicherlich auf den Richter schon einen gewissen Eindruck[3]) und er wird nur auf Grund der triftigsten Gründe von dieser Entscheidung abweichen. So hat sich das OLG. Hamburg, als es gegen das RG. in RG. Bd. 61 bei der Eintragung der künftigen Deszendenz entschied, genau überlegen müssen, ob es gerechtfertigt wäre, den Standpunkt des RG. nicht anzuerkennen und dadurch die Erwartung der Partei, die sich auf die Entscheidung verließ, zu enttäuschen; das OLG. ist wohl nur dadurch zur Entscheidung bewogen worden, daß das positive Gesetz zum gegenteiligen Standpunkt, als zu dem, den das RG. einnimmt, hinneigt.

Wenn das RG. nun in mehreren Entscheidungen voneinander abweicht, dann kann sich die Partei nicht auf die Entscheidungen verlassen; z. B. ist die Anwendung des § 831 BGB. beim konkurrierenden Verschulden auf dem Gebiete der unerlaubten Handlungen, obwohl der 7. Senat sie schon mehrmals ausgesprochen hat, noch nicht geeignet, als Gewohnheitsrechtssatz zu gelten, da andere Senate, z. B. der 6. Senat, andere Rechtsauffassungen vertreten.

Gegen die Theorie ist nicht einzuwenden, daß das RG., häufig in mehreren Entscheidungen eine Rechtsauffassung vertreten hat, und trotzdem später wieder davon abgewichen ist. Das RG. hat z. B. bei der Tätigkeit des GV., wenn er im Auftrage des Gläubigers Sachen pfändet, durch Plenarentscheidung, Bd. 16, S. 396 angenommen, daß das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und GV. ein rein privatrechtliches wäre und in Plenarentscheidung, Bd. 82, S. 85 ausgeführt, daß zwischen Gläubiger und GV. kein bürgerliches Rechts-

[1]) Jung, a. a. O., S. 45. [2]) Jung, a. a. O., S. 42.
[3]) Siehe Jung: „Das sog. Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre".

verhältnis bestünde. Auf Grund der erstergangenen Plenarentscheidung in Bd. 16 und der später denselben Standpunkt teilenden Erkenntnisse konnte sich die Partei sicher darauf verlassen, daß das RG. der Ansicht des früheren Urteils folgen würde; aber das hindert nicht, daß das RG. später diese Auffassung aufgibt. Jedes Recht kann auf dem Wege, auf dem es entstanden ist, wieder beseitigt werden; auch auf das Gesetzesrecht kann man sich verlassen, und es kann doch durch die zuständigen Organe abgeändert werden, ebenso kann die Praxis der Gerichte neue Rechtssätze aufstellen.

Wenn wir das Problem der Bindung des Gewohnheitsrechts von dieser Seite auffassen, kommen wir zu einer vernünftigen Lösung. Man darf nicht danach fragen, warum das Recht überhaupt gilt, sondern wie das Gewohnheitsrecht entsteht. Und da besteht die Schwierigkeit darin, klarzulegen, wie die Parteien dazu kommen, daß sie von dem Satz, den sie üben, glauben, er sei Recht. Die Antwort wäre die oben dargelegte. Die Partei verläßt sich auf die Entscheidung, daß sie weiter befolgt wird, und hat die begründete Erwartung, sich darauf zu verlassen, da die Abweichung von der Entscheidung eine Rechtsverletzung ihr gegenüber bedeuten würde.

Wenn wir die reichsgerichtliche Rechtsprechung betrachten, wird auch klar, daß Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht zwei gänzlich voneinander unabhängige, sich in keiner Weise bedingende Rechtsquellen sind, die zueinander im schärfsten Gegensatz stehen. Diesen Unterschied hat die historische Schule nicht beobachtet oder wenigstens nicht folgerichtig durchgeführt[1]). Der Vorgang bei der Bildung von Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht ist grundverschieden; das Gesetzesrecht wird geschaffen auf fremde Autorität hin; der Staat bestimmt, daß diese Normen die Einzelnen zu befolgen haben. Das Gewohnheitsrecht entsteht aus Billigkeitsgründen heraus; im Gewohnheitsrecht macht sich zunächst die induktive Rechtserkenntnis im einzelnen Fall, der Ausschlag des Rechtsgefühls gegenüber diesem geltend. Wenn das RG. in § 833 BGB. bei dem aus Gefälligkeit mitgenommenen Fahrgast einen stillschweigenden Ausschluß der Tierhalterhaftung annimmt, so ist das nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen zu folgern; aus dem Wortlaut des Gesetzes ist eher das Gegenteil zu entnehmen; hier muß erst aus Billigkeitsgründen eine Befreiung von der Haftung konstruiert werden.

Im Gesetzesrecht ist die allgemeine Regel von vornherein vorhanden, die die einzelnen Fälle umfaßt; das Gewohnheitsrecht bildet sich dadurch, daß im Einzelfall ein Satz geübt wird, und daraus entwickelt sich die allgemeine Regel. Der Vorzug des positiven Rechts ist, wie Jung[2]) zutreffend ausführt, daß es nicht anerkannt zu werden braucht; die Verletzung des Gesetzes ist ohne weiteres Rechtsverletzung. Dagegen muß das Gewohnheitsrecht bei seiner Neuentstehung erst von den Beteiligten anerkannt sein; erst dann liegt bei Nichtbefolgung des Rechtssatzes eine Rechtsverletzung vor.

[1]) Jung, a. a. O., S. 47.
[2]) Jung, das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Rechtsquellenlehre (unveröffentlicht).

Literatur-Verzeichnis.

Lehrbücher und Einzelschriften.

Adickes, Franz: „Die Lehre von den Rechtsquellen". Kassel und Göttingen, 1872. —

Bierling, Ernst Rudolf: „Kritik der juristischen Grundbegriffe". Bd. 1. Gotha 1877. —

Giercke: „Deutsches Privatrecht". Bd. 1, Leipzig 1895. —

Jung: „Das Gewohnheitsrecht als Grundlage der Rechtsquellenlehre", veröffentlicht in der Festschrift der Fakultäten für das RG. —

Jung: „Das privatrechtliche Wesen des Geldes". 1926. —

Jung: „Positives Recht". Festschrift für die Universität Gießen. 1907. —

Leonhard: „Lehrbuch in kurzen Sätzen". 1923. —

Levy: „Die Juristische Wochenschrift". 1921, S. 335. —

Osthelder: „In der Ztschr.: Das Recht". 1900, Nr. 2. —

Puchta: „Das Gewohnheitsrecht", 2 Bde. Erlangen 1828, 1837. —

Regelsberger: „Pandekten", Bd. 1, Leipzig 1893. —

Rümelin: „Das Gewohnheitsrecht" in Iherings Jahrbüchern. Bd. 21, 1889. —

Saleilles: „Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts". Uebersetzt und herausgegeben von R. Leonhard in dessen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 14. Heft. Breslau 1905. —

Salinger: „Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme", Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28, S. 81 ff. —

Savigny: „System des römischen Rechts". Bd. 1. Berlin 1840. —

Thöl: „Einleitung in das Deutsche Privatrecht".

Enneccerus, Kipp und Wolff: „Lehrbuch des bürgerl. Rechts". Allg. Teil, 1923. Schuldrecht 1928. —

Windscheid, Kipp: „Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1. Frankfurt 1900. —

Zitelmann: „Gewohnheitsrecht und Irrtum". In: Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 66. —

Zitelmann, Lücken im Recht, Leipzig 1893. —

Kommentare zum BGB.:

Oertmann: „Schuldverhältnisse" 1928. —

K. der Reichsgerichtsräte zum BGB. 1928, 1. Bd. —

zur Gew.-O.:

v. Landmann: „Gewerbe-Ordnung 1928", 1. Bd. —

Dissertationen:

Ermert, Willi: „Schadensersatz und negatoria unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung. Marburger Diss. 1925.

Levy, Jakob: „Verschulden beim Vertragsschluß". Marburger Dissertation 1925.

Ochs, Nikolaus: „Die actio negatoria". Marburg 1925.

Wilde: „Die Entwicklung der kumulativen Schuldübernahme nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts". Marburg 1926. —

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Juristische Wochenschrift.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Leipziger Zeitschrift.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Seufferts Archiv für Entscheidungen.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
RG. „Recht".
Eisenbahnentscheidungen.

Eidesstattliche Erklärung.

Ich versichere an Eidesstatt, daß ich die Arbeit selbständig angefertigt und andere als die angeführten Hilfsmittel nicht benutzt, sowie jede wörtlich oder inhaltlich übernommene Stelle kenntlich gemacht habe.

Marburg, den 19. Dezember 1928.

Alfred Pommer,
Referendar.

Lebenslauf

des Referendars Alfred G. Pommer in Marburg (Lahn), Afföllerstr. 6, II.

Am 23. Juni 1906 wurde ich als Sohn des Regierungsrats Dr. Gustav Pommer und seiner Ehefrau Hedwig geb. Saal in Marburg (Lahn) geboren.

Meinen ersten Schulunterricht genoß ich in der Vorschule in Marburg, die ich 1915 mit dem Gymnasium in Marburg vertauschte. Dieses verliess ich 1924 mit dem Zeugnis der Reife, um mich dem Studium der Rechte zu widmen.

Ich studierte an den Universitäten München und Marburg.

Am 4. April 1928 bestand ich am Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar wurde ich der Staatsanwaltschaft in Marburg überwiesen und daselbst am 11. Dezember 1928 vereidigt.

*

Herrn Professor Dr. D. Jung sage ich an dieser Stelle verbindlichsten Dank für das in Vorlesungen und Uebungen vermittelte Wissen.